Reg Bde 1–10.

36 Bde u. 3 [illegible] in [illegible]

Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Unter Mitwirkung
zahlreicher und namhafter Juristen

herausgegeben von

Dr. Hugo Neumann,
Rechtsanwalt am Kammergericht zu Berlin.

---

1. Jahrgang
(die Zeit bis Anfang 1903 umfassend).

Erster Band.

Berlin, 1904.
Verlag von Franz Vahlen.
W. 8., Mohrenstraße 13/14.

Vorwort.

Das Jahrbuch des Deutschen Rechtes will der Fortentwickelung des deutschen Rechtes im Sinne deutscher Rechtseinheit und dem Zusammenwirken von Wissenschaft und Praxis im ganzen Reiche dienen.

Dem Einzelnen ist es unmöglich, die in Dutzenden von Zeitschriften und in Hunderten von selbständigen Büchern zerstreuten, fortlaufend erscheinenden Arbeiten und die Ergebnisse der deutschen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung zu verfolgen und zu überschauen. Hier setzt nach Zweck und Bestimmung das Jahrbuch des Deutschen Rechtes ein. Es soll fortlaufend alljährlich eine Ueberſicht über die Rechtsentwickelung geben, welche die der Privatrechtspflege dienenden Materien des Reichsrechts, insbesondere also des Bürgerlichen Gesetzbuchs, des Handelsgesetzbuchs, der Wechselordnung, der Civilprozeßordnung, des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der Konkursordnung, des Zwangsvollstreckungsgesetzes, der Grundbuchordnung, des Patentgesetzes, der Kostengesetze u. s. w. u. s. w. gefunden haben. Wenn der erste Jahrgang sich auf die Berichterstattung über das Bürgerliche Gesetzbuch, das Gerichtsverfassungsgesetz und die Civilprozeßordnung, nebst den zugehörigen Einführungsgesetzen, beschränkt, so liegt das an den besonderen Verhältnissen dieses Jahrgangs, dessen Bericht sich über eine Reihe von Jahren erstrecken mußte. Die Dauer des Erscheinens und der Umfang des Jahrgangs würden in das Ungemessene gestiegen sein, wenn das Programm ganz innegehalten worden wäre. Es kann aber die Hoffnung ausgesprochen werden, daß die volle Durchführung des Planes in Bälde gelingen wird.

Plan und Organisation des Jahrbuchs sind langer Hand vorbereitet. Seit Jahren sind Mitarbeiter und Herausgeber an der Arbeit, um des gewaltigen Stoffes Herr zu werden. Hunderte von juristischen Autoren — unter ihnen viele mit klangvollen Namen — haben durch Erstattung von Berichten über die eigenen Arbeiten das Unternehmen gefördert und unterstützt. Ihnen Allen sei hiermit nochmals herzlichst gedankt.

Den Autoren ist im Jahrbuche Gelegenheit gegeben, insbesondere solche Punkte ihrer Arbeiten hervorzuheben, die sie wegen der Besonderheit des Ergebnisses oder der Begründung der Beachtung und der Erörterung weiterer Kreise unterbreiten wollen. Eine Anzahl von Autoren hat auch von der ihnen eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht, in Kürze Berichtigungen, Ergänzungen und sachliche Gegenäußerungen auf Kritiken mitzutheilen. Insoweit entfaltet das Jahrbuch nicht nur eine berichtende, sondern auch eine die

sonstigen Veröffentlichungen ergänzende Wirksamkeit. Zusätze solcher Art sind durch Stellung zwischen zwei Pfeilen (→ ←) kenntlich gemacht.

Eine vollständige und erschöpfende Berichterstattung wäre bei dem Umfange der zu bewältigenden Literatur und Rechtsprechung nicht nur unmöglich, sondern auch vom Uebel. Von den literarischen Erscheinungen sind namentlich die monographischen sowie die in den Zeitschriften zerstreuten Arbeiten berücksichtigt. Dissertationen sind wegen ihres regelmäßig rein kompilatorischen oder praktisch minderwerthigen Inhalts nur in den seltensten Fällen aufgenommen. Die vor der Verabschiedung des Bürgerlichen Gesetzbuchs erschienene Literatur, sowie die Lehrbücher und Kommentare sind nur ausnahmsweise, insbesondere insoweit herangezogen, als sie zu den in der sonstigen Literatur hervorgetretenen Streitfragen in Beziehung stehen.

Die Rechtsprechung wird nicht kritiklos in einer die Praxis mehr verwirrenden als fördernden Weise, sondern derart berücksichtigt, daß über die Judikatur des Reichsgerichts möglichst vollständig, über die der Oberlandesgerichte unter Ausscheidung des minder Wesentlichen und über die sonstige Judikatur unter Auswahl des Wesentlichsten berichtet wird.

Die Fülle des Stoffes, die Neuheit der Berichterstattung und die große Anzahl der Mitarbeiter lassen zunächst gewisse Mängel, insbesondere Ungleichheiten in den Berichten hervortreten, deren Ueberwindung erhofft werden darf. Ueberall ist dahin gestrebt worden, das zur Verfügung stehende Material dem sachverständigen Leser in möglichst knapper und übersichtlicher Weise zur Darstellung zu bringen.

Die Lücken, die trotz sorgsamster Arbeit nicht zu vermeiden waren, mögen die durch sie betroffenen Autoren mit der ungeheuren Masse des zu bewältigenden Stoffes entschuldigen. Ihre Ergänzung wird für den zweiten Jahrgang des Jahrbuchs in Aussicht genommen.

Die Herren Autoren werden gebeten, zwecks Aufdeckung und Ausfüllung der Lücken sich mit dem Herausgeber oder der Verlagsbuchhandlung freundlichst in Verbindung zu setzen.

Um zu einer möglichst vollständigen Uebersicht der Berichterstattung zu gelangen, wird jeder, dem der Zweck des Jahrbuchs billigenswerth erscheint, um thatkräftige Mitwirkung und Unterstützung gebeten. Jede Ergänzung und Anregung wird gern entgegengenommen werden.

Bei den Redaktionsgeschäften bin ich durch die Herren Dr. A. Brückmann und Dr. Th. Olshausen, bei der Sammlung der Literatur durch Herrn Dr. Maas treu und wirksam unterstützt worden. Ich danke ihnen auch an dieser Stelle.

Die Vorbereitungen für den II. Jahrgang und seine schon begonnene Drucklegung lassen ein beschleunigtes Erscheinen desselben als gesichert erscheinen.

Berlin, im Mai 1904.

Neumann.

Mitarbeiter des Jahrbuchs.

Dr. Ballhorn, Rechtsanwalt am Landgericht I in Berlin — **Boschan**, Amtsrichter in Berlin — **Dr. Breit**, Rechtsanwalt in Leipzig — **Dr. A. Brückmann** in Berlin — **Dr. Ellstaetter** in Berlin — **Dr. Gottschalk** in Berlin — **Dr. Graßhoff**, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin — **Hamburger**, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin — **Dr. Heinrici**, Gerichtsassessor in Berlin — **Dr. Isay**, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin — **Joachim**, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin — **Köbbingshoff**, Gerichtsassessor im Kaiserl. Aufsichtsamte für Privatversicherung — **Liebenow**, Gerichtsassessor in Berlin — Justizrath **Lilienthal**, Rechtsanwalt am Landgericht I in Berlin — **Dr. Maas**, Bibliothekar im Reichsmilitärgericht — **Dr. Mode**, Gerichtsassessor in Potsdam — **Dr. Molhes**, Rechtsanwalt in Leipzig — **Dr. Niemeyer**, ordentl. Professor der Rechte an der Universität zu Kiel — Justizrath **Dr. Oberneck**, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin — **Dr. Th. Olshausen** in Berlin — **Dr. Paech** in Charlottenburg — Justizrath **Ransnik**. Rechtsanwalt am Landgericht I in Berlin — **Dr. Max Reindl**, Direktionsrath im Verkehrsministerium in München — **Romeick**, Oberlandesgerichtsrath in Stuttgart — **Schneider**. Reichsgerichtsrath in Leipzig — **Dr. Schultheis**, Amtsrichter in Amöneburg — **Dr. Sievers**, Reichsgerichtsrath in Leipzig — **Dr. Sontag**, Gerichtsassessor in Berlin — **Dr. Suppes**, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht Dresden — **Vormbaum**, Gerichtsassessor in Berlin — **Dr. Weiß**, Rechtsanwalt in Breslau — **Dr. Winter**, Landrichter in Meseritz — **Zelter**, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Stettin.

In dem erschienenen Jahrgang haben bearbeitet:

Allgemeiner Theil: **Lilienthal, Olshausen, Paech.**

Recht der Schuldverhältnisse: **Brückmann, Ellstaetter, Gottschalk, Heinrici, Olshausen, Romeick.**

Sachenrecht: **Brückmann, Oberneck, Winter.**

Familienrecht: **Schultheis, Winter, Zelter.**

Erbrecht: **Graßhoff** und **Weiß.**

Einführungsgesetz (Internationales Privatrecht): **Niemeyer**, den übrigen Teil: **Vormbaum.**

Civilprozeßordnung: **Breit.**

Inhaltsverzeichniß.

1. Band.

2. Band.

3. Band.

Abkürzungen.

A.bürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
A.civPr. = Archiv für die civilistische Praxis.
A.öffR. = Archiv für öffentliches Recht.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BayrNotZtg. = Bayerische Notariats-Zeitung.
BayrObLG. = Bayerisches Oberstes Landesgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichts für Bayern in Gegenständen des Civilrechtes.
Böhms Z. = Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht (jetzt Privat- und öffentliches Recht). Begründet von Böhm.
BraunsA. = Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik.
BraunschZ. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogthum Braunschweig.
BreslAK. = Zeitschrift der Breslauer Anwaltskammer.
Buschs Z. = Zeitschrift für deutschen Civilprozeß . . . Begründet von Busch.
CBlFrG. = Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit.
CBlRw. = Centralblatt für Rechtswissenschaft.
DJT. = Verhandlungen des Deutschen Juristentages.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
DNotVZ. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
Egers eisenb. E. u. A. = Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.
Elf. Lothr. JZ. = Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
Fischers Z. = Dr. Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, [zunächst für das Königreich Sachsen.
GewA. = Gewerbearchiv.
GewGer. = Das Gewerbegericht.
GRschutz. = Gewerblicher Rechtsschutz.
Goldschmidts Z. = Zeitschrift für das Gesammte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.
GoltdA. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer.
Gruchots Beitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
Grünhuts Z. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
HansGerZ. = Hanseatische Gerichtszeitung.
HessRspr. = Hessische Rechtsprechung.
Hirths Ann. = Annalen des Deutschen Reichs. Begründet von Hirth.
Holdheims MSchr. = Monatsschrift für Handelsrecht u s.w. Herausgegeben von Holdheim.
Jherings J. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
JLBl. = Juristisches Literaturblatt.
JW. = Juristische Wochenschrift.
KG. = Kammergericht.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
KrVSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
MecklZ. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
NaumbAK. = Zeitung der Anwaltskammer Naumburg
OLG. (mit folgender Band- und Seitenzahl) = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechtes. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
OLG. (mit Ort z. B. Breslau) = OLG. Breslau.
OestAGZ. = Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung.
OestCBl. = Oesterreichisches Centralblatt für die juristische Praxis.
PosMschr. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
PreußVerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PrOVG. = Entscheidungen des Königl. Preußischen Oberverwaltungsgerichts.

Puchelts Z. = Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Civilrecht.
R. = Das Recht.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts; ohne weitere Quellenangabe = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
RheinAV. = Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins.
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte.
RMG. = Reichsmilitärgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
SächsA. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
SächsOLG = Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
Seuff. A. = Seufferts Archiv.
Seuff. Bl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
UnlW. = Unlauterer Wettbewerb.
VerwA. = Verwaltungsarchiv.
WürttJ. = Jahrbücher für Württembergische Rechtspflege.
WürttZFrG. = Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
ZKirchR. = Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Erstes Buch.

Allgemeiner Theil.

Erster Abschnitt.

Personen.

Erster Titel.

Natürliche Personen.

§ 1. 1. Diese Vorschrift ist die Grundlage aller sogenannten Individualitäts- oder Persönlichkeitsrechte, auch jeder Art von besonderer Rechtsfähigkeit, wie sie z. B. landesgesetzlich der Familienfideikommißerwerb voraussetzt; sie ist ferner die Ausschließung jeder Art von Sklaverei. Gareis, Allg. Th. 5 f.

2. Bei Ungewißheit über die Person des Berechtigten giebt das Erkennungsmerkmal der Rechtsinhaberschaft den Ausschlag. Berechtigter ist hiernach derjenige, dem die Rechtsnorm ‘en Einfluß auf die Außenwelt, der im Inhalt einer Befugniß liegt, zusichern will, gleichviel ob hinterher dieser Einfluß im eigenen Namen oder im Namen einer Gesellschaft geltend gemacht werden kann. So Leonhard, Allg. Th. 70 f. gegen Cosack 1 56, welcher als eigentlich Berechtigten den Namensgeber ansieht.

3. Der Richter entscheidet, welche Thatsachen zur Vollendung der Geburt nöthig sind. Der Arzt begutachtet, ob sie vorliegen. Als einziges, aber auch nothwendiges Zeichen muß man wohl verlangen, daß das Kind außerhalb des Mutterleibes geathmet hat. Götte, Berl. Klin. Wochschr. 99 Nr. 43 u. 44 und Sonderabdr. 2. So auch Endemann 1 115.

Nach Leonhard, Allg. Th. 72 ist die Vollendung der Geburt im juristischen Sinne eine andere als im medizinischen. Für die Rechtsordnung entscheidet nicht der Augenblick, in dem die geburtsärztliche Thätigkeit erledigt ist, sondern der Augenblick, in dem die Bedenken gegen die Gewährung von Rechten an Kinder im Mutterleibe beseitigt sind, m. a. W., in dem das Kind fähig wird, der Gegenstand eines der Mutter gegenüber selbständigen Rechtsschutzes zu sein. Darum wird der Austritt aus dem Mutterleibe verlangt, wenn auch nicht gerade Loslösung von der Nabelschnur.

4. Dem nasciturus kommt nicht nur bedingte Erbfähigkeit, sondern allgemein bedingte Rechtsfähigkeit zu. Heymann, Verwandtenerbr. 57 N. 2, vgl. auch 60 N. 3. Die Leibesfrucht ist dagegen kein Rechtssubjekt. KGJ. 22 A 30.

Ein Rechtserwerb für erst zukünftig zur Existenz gelangende Personen, insbesondere für noch nicht einmal erzeugte Personen, ist, soweit das Gesetz nicht besondere Ausnahmen enthält (z. B. §§ 2162 Abs. 2, 2178, 1923 BGB.), rechtlich nicht möglich. Demgemäß kann ein Pfleger einer zukünftigen Deszendenz für

diese einen Kaufvertrag nicht abschließen. KG. v. 15. 10. 00, PosMschr. **00** 168. OLG. **2** 35. KGJ. **20** A 24.

§ 3. 1. Die Prüfung der Rechtsgültigkeit der erfolgten Volljährigkeitserklärung steht nicht dem Prozeßgerichte zu; denn Verfügungen des Vormundschaftsgerichts bleiben bis zu ihrer von ihm selbst oder vom Beschwerdegericht erfolgten Aufhebung rechtswirksam, und das Prozeßgericht hat die Frage, ob die Voraussetzungen des materiellen Rechtes für den Erlaß der Verfügung vorhanden waren, nicht zu erörtern. *Josef*, Buschs Z. **30** 104, 112.

2. Aus der Fassung und dem Zusammenhange der Vorschriften des BGB., die die Voraussetzungen für eine Verfügung in Angel. der freiw. Gerichtsb. festsetzen, ist zu entnehmen, inwieweit eine Voraussetzung für die *Rechtswirksamkeit* der Verfügung *bedingend* ist, oder inwieweit es sich nur um eine *Ordnungsvorschrift* handelt. Beim Mangel einer Voraussetzung ersterer Art ist die erlassene Verfügung der freiw. Gerichtsb. auch von anderen Gerichten, insbesondere vom Prozeßgericht, als nichtig anzusehen. Hat also das Vormundschaftsgericht versehentlich einen noch nicht 18 Jahre alten Minderjährigen für volljährig erklärt, so ist eine von diesem erhobene Klage wegen mangelnder Prozeßfähigkeit abzuweisen. *Josef*, Komm. z. FG. zu § 32 IV. Gegen die auf Antrag des Vaters erfolgte Volljährigkeitserklärung eines unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes steht der Mutter ein Beschwerderecht nicht zu. KG. Entsch. in Angel. d. FrG. **3** 111.

§ 6. 1. Die Entstehungsgeschichte des § 6 giebt *Milferstaedt*, Gruchots Beitr. **41** 508 ff.

2. Entmündigung ist nicht Feststellung der geistigen Erkrankung; auch nicht ein Ausspruch dahin, daß die Voraussetzungen zur Errichtung einer Vormundschaft vorliegen. Vielmehr ist sie ein behördlicher Akt, durch den ein Rechtsverhältniß zwischen Individuum und Staat geändert wird, sie ist *Entziehung oder Beschränkung der rechtlichen Handlungsfähigkeit* insoweit, als *natürliche* Handlungsunfähigkeit schon vorliegt. Die Entmündigung raubt im *Zweifel* auch die Fähigkeit zur Vornahme von Rechtshandlungen, die im Gebiete des *öffentlichen Rechtes* liegen oder die nach *Landesgesetzen* zu beurtheilen sind. Voraussetzung jeder Entmündigung ist das *Unvermögen* einer Person zur *Besorgung ihrer Angelegenheiten*; erforderlich ist eine voraussichtlich länger *dauernde* unvernünftige Erledigung *nicht aller*, aber doch so vieler Aufgaben, daß dadurch die *Interessen* des Subjekts *erheblich gefährdet* werden (Unterschied von § 1910). Solches Unvermögen haftet Jedem an, der sich oder seine Familie der Gefahr des Nothstandes aussetzt (§ 6 Ziff. 2 u. 3) oder die Sicherheit Anderer bedroht, worunter § 6 Ziff. 3 nur Fälle faßt, wo die Sicherheitsbedrohung aus der Vernachlässigung der (Familien-)Angelegenheiten des zu Entmündigenden entspringt. Neben dem vom *Richter* festzustellenden Unvermögen zur Geschäftsbesorgung ist die nach verschiedenen Seiten oder nur durch *Verschwendung* oder *Trunksucht* sich äußernde, vom *Arzte* zu begutachtende *geistige Erkrankung* Voraussetzung der Entmündigung, aber von untergeordneter Bedeutung. Deshalb auch weiteste Ausdehnung des Begriffs Geisteskrankheit und Geistesschwäche selbst auf nicht eigentlich Kranke, aber mit unserer Kultur ganz unvertraute Personen. Denn Entmündigung erfolgt nur bei im Leben hervortretender, durch die geistige Erkrankung verursachter Geschäftsunfähigkeit, und zwar Entmündigung wegen *Geisteskrankheit*, wenn die Unfähigkeit selbst in dem den Halbgeschäftsfähigen rechtlich zugewiesenen Thätigkeitsgebiete sich äußert; sonst Entmündigung wegen *Geistesschwäche*. Allgemeine Zuweisung der einzelnen medizinischen Krankheitsformen zur „Geisteskrankheits-“ oder zur „Geistesschwäche-Entmündigung“ ist nicht möglich. Nicht zutreffend ist auch die Begriffsbestimmung, „wonach Geisteskrankheit

diejenige krankhafte Störung der Geistesthätigkeit sei, durch welche die freie Willensbestimmung ausgeschlossen werde" (§§ 104 Ziff. 2, 827 BGB.). Im Allgemeinen muß beim Vorliegen der gesetzlichen Entmündigungsbedingungen entmündigt werden; in einzelnen Fällen, besonders bei Minderjährigen, ist die Entmündigung überdies davon abhängig, daß der Richter sie als Bedürfniß erachtet. Levis, Entmündigung Geisteskranker 15—39, 60—108.

3. Der Entmündigungsbeschluß setzt zwar einen Antrag voraus; das Gericht ist aber bei Anwendung des materiellen Rechtes und bei der Entscheidung über den Grad der Entmündigung an den Inhalt des Antrags nicht gebunden, so daß es wegen Geistesschwäche entmündigen kann, trotzdem Entmündigung wegen Geisteskrankheit beantragt ist. **RG. 50** 203. JW. **00** 867.

4. „Entmündigt kann werden" deutet Eck, Vortr. 40 dahin, daß die Entmündigung trotz Vorliegens ihrer Voraussetzungen in das fakultative Ermessen des Gerichts gestellt sei. Ebenso Siméon, Recht und Rechtsgang 55. Monich, Willenserklär. 146. A. M. Planck N. 8. Goldmann-Lilienthal 39. Neumann zu § 6. Vgl. auch Endemann **1** 156 u. Levis a. a. O.

5. a) Als objektiven Maßstab der Beurtheilung, ob Jemand psychisch nicht normal ist, schlägt Stammler, Schuldverh. 16 folgende Formel vor: „Zurechnungsfähigkeit ist die subjektive Möglichkeit, den Inhalt seiner Vorstellungen mit demjenigen von Vorstellungen anderer Menschen zu vergleichen und danach zu richten."

Kornfeld, Entm. Geistesgestörter wendet sich gegen die Auffassung der Geisteskrankheit als lediglich einer Gehirnstörung. Vielmehr giebt es zweierlei Arten derselben: I. von körperlichen Ursachen und II. geistig bedingte. Nur die Gelegenheit größerer Erfahrung macht den Irrenarzt zum Sachverständigen, und lediglich bei der Form ad I kann er ein „ärztliches" Gutachten abgeben. Die Beantwortung der Frage nach der Geschäftsfähigkeit wird u. U. dem Richter sogar eher möglich sein als dem Experten. Weiterhin wird die gesetzliche Fassung bezüglich des Schwachsinns bemängelt. Es sollten von diesem ebenfalls zwei Arten unterschieden werden; nämlich der angeborene, der nichts mit einer Krankheit gemein hat, und der bei oder nach geistiger Störung vorhandene. Bei hohen Graden derselben sollte die Entmündigung dieselben rechtlichen Folgen nach sich ziehen wie die wegen Geisteskrankheit; und nur bei geringeren die jetzt bei vorhandenem Schwachsinne vorgesehenen. Dies sollte aber ausdrücklich im Gesetze zum Ausdrucke kommen und damit der öftere Widerspruch zwischen juristischer und medizinischer bzw. allgemeiner Auffassung des Schwachsinns beseitigt werden. Partielle Geistesstörung sei anzuerkennen, und bei ihr könne Geschäftsfähigkeit — andererseits Zurechnungsfähigkeit — vorhanden sein.

Eine besonders eingehende Darstellung der anomalen Geisteszustände giebt Endemann **1** 139 ff. Goldmann-Lilienthal 39 finden den Unterschied zwischen Geisteskrankheit und Geistesschwäche in der verschiedenen Wirkung der geistigen Erkrankung auf die Freiheit des Willens. Neumann (§ 6 Note A I. 2) sieht in den beiden Entmündigungszuständen der Geisteskrankheit und der Geistesschwäche keine Gegensätze, sondern lediglich dem Grade nach verschiedene geistige Anomalien und weist darauf hin, daß ein wegen Geistesschwäche Entmündigter beim Fortschreiten der Krankheit noch wegen Geisteskrankheit entmündigt werden kann.

Uebereinstimmend **RG.** v. 20. 11. 00 und v. 13. 2. 02. JW. **02** Beil. 210, in JW. **00** 867 Entsch. **50** 203. Geisteskrankheiten und Geistesschwäche stellen beide einen geistigen Defekt dar und unterscheiden sich nur dem Grade nach dadurch, daß bei Geisteskrankheit der Kranke seine Angelegenheiten absolut

nicht zu besorgen vermag, während dem Geistesschwachen nur die Fähigkeit zur selbständigen Besorgung, nicht aber die Fähigkeit zur Mitwirkung bei dieser Besorgung fehlt.

Ebenso auch Gerlach-Königslutter, BraunschwZ. 48. Jahrg. Nr. 4.

b) Ueber die Unfähigkeit, seine Angelegenheiten zu besorgen, sagt das RG.: Vorausgesetzt ist die in Folge geistigen Mangels eingetretene Unfähigkeit zur Besorgung aller Angelegenheiten, nicht etwa bloß einzelner, z. B. der wirthschaftlichen Angelegenheiten; in letzterem Falle kann nur Bestellung eines Pflegers eintreten (§ 1910 Abs. 2), Urth. v. 29. 10. 00. JW. **00** 848, Gruchots Beitr. **45** 1041, R. **5** 561.

Ebenso Silberschmidt, Recht 1901 553 f.

Hahn, Ztschr. f. Medizinalbeamte 1900 H. 10 bemerkt: Daß der zu Entmündigende thatsächlich noch einzelne seiner Angelegenheiten oder einen Kreis von Angelegenheiten ordnungsmäßig erledigt, steht seiner Entmündigung nicht entgegen, wenn ihm wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche die verläßliche Fähigkeit, seine Angelegenheiten im Allgemeinen (im Großen und Ganzen) zu besorgen, abzusprechen ist.

Wenn dem zu Entmündigenden auch nur eine einzige von denjenigen Fähigkeiten nicht zugestanden werden kann, welche das Gesetz bei den nur Geistesschwachen voraussetzt, indem es sie zu gewissen Rechtshandlungen noch zuläßt (§ 114 mit §§ 106 ff., ferner §§ 1304, 1336 Abs. 1, 2253, 2282 Abs. 1, 2290 Abs. 1, 2296 Abs. 1, 2347 Abs. 2 BGB.; §§ 473, 477 CPO.), so darf die Entmündigung nicht wegen Geistesschwäche, sondern nur wegen Geisteskrankheit ausgesprochen werden.

Gemeingefährlichkeit ist an sich kein Grund zur Entmündigung. RG. **38** 138, Seuff. A. **52** Nr. 244.

c) Ueber das Verhältniß zwischen § 6, 1 und § 104, 2 führt Israel JW. **01** 790 aus, daß in der Ausdrucksweise beider vorstehenden Gesetzesstellen: „Unvermögen, seine Angelegenheiten zu besorgen" und „freie Willensbestimmung" eine Disharmonie läge. Da der letztere Ausdruck für die Feststellung der Voraussetzung der Entmündigung nicht verwerthbar befunden worden ist, Prot. **2** 71, so kann der Mangel von freier Willensbestimmung auch nicht zur Entmündigung führen. Dagegen könnte, falls der Entmündigungsbeschluß, damit also die Geschäftsunfähigkeit, wieder aufgehoben wird, in Frage kommen, ob trotz des die Wirksamkeit der von dem Entmündigten persönlich oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte ex tunc wiederherstellenden Urtheils dieselben nicht dennoch bei zutreffender Voraussetzung des § 104, 2 nichtig sind, Planck, zu § 115 N. I, wodurch bei Geisteskrankheit zwei Arten von Geschäftsunfähigen beständen. Kritisirt wird, unter Bemängelung des dem § 51 StGB. entnommenen Ausdrucks „freie Willensbestimmung", daß die Ausdrucksweise in beiden Gesetzesparagraphen nicht gleichmäßig gefaßt sei.

d) Das Entmündigungsgutachten anlangend, so hat es nach Schultze, Die f. d. gerichtl. Psychiatrie wichtigen Bestimmungen d. BGB. folgende Fragen zu beantworten:

1. Ist das Individuum überhaupt geisteskrank (im medizinischen Sinne)?
2. Wenn ja, beeinflußt die Geisteskrankheit seine Willensentschlüsse und Handlungen des alltäglichen Lebens?
3. Ist diese Beeinflussung, wenn die vorige Frage bejaht werden muß, so weitgehend, daß sie die Geschäftsfähigkeit des Trägers der Geisteskrankheit völlig oder nur theilweise aufhebt? Nur in ersterem Falle wird das Gutachten den zu Entmündigenden für geisteskrank im Sinne des Gesetzes erachten, sonst nur für geistesschwach.

4. Ist die Geisteskrankheit voraussichtlich dauernd? Nur im bejahenden Falle dürfte das ganze kostspielige, zeitraubende, für den geschäftlichen Ruf des zu Entmündigenden sicherlich nicht gleichgültige Entmündigungsverfahren gerechtfertigt erscheinen. Daß die Geisteskrankheit unheilbar sein muß, wird durchaus nicht verlangt.

Vgl. darüber weiter Samter, Gruchots Beitr. **45** 1 ff., wo ausgeführt wird: Die von dem Sachverständigen als erwiesen zu erachtenden und zu berücksichtigenden Momente stellt der Richter fest und nicht — auf Grund außergerichtlicher Erkundigungen, deshalb unzuverlässig — der Sachverständige.

Das Entmündigungsgutachten hat nur zu beantworten, ob bzw. welche einzelnen Momente des Ermittelungsverfahrens die Annahme einer Geisteskrankheit oder -schwäche rechtfertigen. Der richterlichen Prüfung und Entscheidung allein untersteht es, ob die einzelnen, gutachtlich aus Geisteskrankheit oder -schwäche hervorgegangenen, jene pathologischen Zustände erweisenden Momente das Unvermögen des zu Entmündigenden zur Besorgung seiner Angelegenheiten darthun.

Zu Z. 2 (Verschwendung). 6. Verschwendung ist der Hang einer Person zu sinnloser, ihren Vermögensverhältnissen nicht entsprechender Vergeudung des Vermögens, wodurch die Gefahr des Nothstandes begründet erscheint.

Zur Begründung der auf Wiederaufhebung der Entmündigung gerichteten Klage gehört nur, daß nach der jetzigen Sachlage die Voraussetzungen der Entmündigung nicht vorliegen, nicht aber, daß auch eine Besserung des Entmündigten eingetreten ist. Liegen nach der jetzigen Sachlage die Voraussetzungen der Entmündigung nicht vor, so ist der Grund der Entmündigung weggefallen, und diese deshalb aufzuheben.

Ist die Entmündigung vor dem 1. Januar 1900 ausgesprochen, so ist die Entmündigung aufzuheben, wenn ein Grund der Entmündigung im Sinne des BGB., nicht des früheren Rechtes, nicht mehr vorliegt. **RG.** v. 20. 5. 01. JW. **01** 475, R. **5** 433.

7. Unter Nothstand ist nach Endemann **1** 151 A. 5 diejenige Vermögenslage zu verstehen, in der es dem Verschwender an den Mitteln zum standesgemäßen Unterhalte für sich und zu der pflichtmäßigen Fürsorge für seine Familie fehlt.

Zu Z. 3 (Trunksucht). 8. Aus der Literatur: Doehn, SächsA. **9** 529. Unter den Begriff „Trunksucht" fällt nicht Morphinismus. Gareis, Allg. Th. 15 f. Endemann **1** 152 A. 9. Schultze a. a. O. 30 dagegen wünscht, daß die Entmündigungsmöglichkeit auf Morphinisten ausgedehnt wird, indem er gleichzeitig die Zuziehung Sachverständiger befürwortet. Voraussetzung ist stets Vorliegen eines wirklich krankhaften Zustandes. Götte a. a. O. 2.

Das Kriterium, daß der zu Entmündigende seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, ist ein rein individuelles, je nach dem Stande und der Stellung des Trinkers in der Gesellschaft leichter oder schwerer eintretendes Symptom. „Angelegenheiten" umfassen die persönlichen Interessen im weitesten Sinne, Geschäfts-, Berufs-, Familienangelegenheiten. Ein Trinker, der einen großen Kreis derartiger Angelegenheiten hat, wird danach eher in Gefahr kommen, aus diesem Gesichtspunkt entmündigt zu werden, als ein Anderer. Kuhlenbeck, Von den Pand. z. BGB. 126.

Der Begriff der Trunksucht erfordert die eingewurzelte unüberwindliche Neigung zu übermäßigem Trinken, den krankhaften Drang nach Alkohol, der die Geistesfähigkeit unterjocht und den Willen lähmt. OLG. Stuttgart Württ. Rechtspflege **14** 1.

9. Beweispflichtig dafür, daß die Voraussetzungen für Wiederaufhebung der Entmündigung vorliegen, ist der Wiederaufhebungskläger. Zu beweisen ist,

daß nach der zur Zeit der Wiederaufhebung vorhandenen Sachlage die Voraussetzungen für eine Entmündigung nicht vorliegen; gleichgültig ist, ob im Vergleiche zu dem Zustande, welcher die Entmündigung veranlaßt hat, eine Besserung eingetreten ist. RG. v. 20. 5. 01. JW. **01** 475. Gruchots Beitr. **45** 998.

§ 7 (Wohnsitz im Allgemeinen). 1. „Wohnsitz" ist ein Rechtsbegriff, dem nur bei der originären Begründung eine durch das Wort „wohnen" angedeutete thatsächliche Beziehung innewohnt und der eine durch eine Ortsbezeichnung karakterisirte, auf Grund einer Rechtshandlung oder eines Rechtsverhältnisses entstandene Eigenschaft einer natürlichen Person angiebt. Gareis, Allg. Th. 17.

Eine Definition des Wohnsitzes giebt Levy, Seuff. Bl. **64** 131: Wohnsitz ist derjenige Ort (politische Gemeinde), der von einer natürlichen Person zur dauernden Befriedigung körperlicher Bedürfnisse bestimmt wird und an welchem zu diesem Zwecke bereits Einrichtungen getroffen werden. Der Wohnsitz der zu einer eine wirthschaftliche Gemeinschaft bildenden Familie Gehörigen ist daher der Ort, an welchem sie einen gemeinschaftlichen Haushalt errichtet, hingegen der Wohnsitz des nicht zu einer Familie Gehörigen der Ort, welchen er zur dauernden Befriedigung des nächtlichen Ruhebedürfnisses bestimmt und an welchen er wenigstens einen Theil seiner beweglichen Habe hat schaffen lassen. Zum Begriff des Wohnsitzes vgl. w. RG. bei Seuff. Bl. **67** 20, SächsA. **2** 233.

2. Die Errichtung eines Wohnsitzes ist nicht als Rechtsgeschäft, sondern nur als Rechtshandlung anzusehen, da sie nicht mit dem Willen vorgenommen zu sein braucht, auf die Rechte Dritter einzuwirken. Levy a. a. O. 135, 136. Ebenso Manigk, AnwendungsG. d. Vorschr. f. d. Rechtsgeschäfte 112, welcher noch darauf hinweist, daß die Wohnsitzbegründung, obwohl sie nur eine bloße Rechtshandlung sei, dennoch Willen des Handelnden erfordere. Dieser Wille müsse sich darauf richten, sich dauernd — und nicht nur vorübergehend — niederzulassen. Ebendort und 159 f. wird hervorgehoben, daß dieser Domizilwille nicht erklärt zu werden brauche, wie etwa der Vertragswille. Würde sich z. B. Jemand an einem Orte ständig niederlassen, ohne die typischen, seinen Domizilwillen verrathenden Handlungen vorzunehmen, so würde er eine Obligation gemäß § 269 an diesem Orte erfüllen können, trotzdem sein Gläubiger mangels jener sonst als konkludente Erklärung fungirenden Handlungen den Wohnsitz des Schuldners dort nicht vermuthete.

Eine Vertretung in der Errichtung eines Wohnsitzes ist nach Leonhard, Vertr. b. Fahrnißerw. 67 ausgeschlossen. A. A. Isay, Geschäftsführung 365. Die Zulässigkeit eines mehrfachen Wohnsitzes betreffend, so kann der Rechtsanwalt nur einen, seiner Residenzpflicht (RAO. § 18) genügenden Wohnsitz haben, d. h. am Orte seiner Zulassung neben einer Niederlassung in Gestalt eines Geschäftslokals eine zur Sicherung seiner physischen Existenz eingerichtete ständige Wohnung. Berger, RAO. § 18 Note 1, 2.

3. Bei der Beantwortung der Frage, was unter ständiger Niederlassung zu verstehen sei, betont Stübel, SächsA. **9** 548 ff., daß es weder auf Selbständigkeit der persönlichen Lebensstellung noch auf die Selbständigkeit der Wohnung ankommt, und daß es sich nur nach den Umständen des einzelnen Falles beurtheilen läßt, ob eine ständige Niederlassung vorliegt. Es könne den Dienstboten daher im Allgemeinen nicht die Fähigkeit abgesprochen werden, einen selbständigen Wohnsitz zu begründen, zumal wenn sie gewolltermaßen ihren Dienst lange Jahre beibehielten. A. A. OLG. **2** 443 (Dresd.); ein Dienstmädchen, das keinen eigenen Haushalt führt, sondern den seiner Herrschaft theilt, entbehrt der zum Begriffe der Niederlassung erforderlichen Seßhaftigkeit und begründet keinen Wohnsitz.

§ 8. Die Frage, ob die Unterbringung eines geisteskranken Entmündigten in einer Irrenanstalt für ihn einen Wohnsitz in dieser Anstalt begründet, ist (mit Stübel a. a. O.) zu bejahen, wenn die Unterbringung als eine ständige, insbesondere wegen voraussichtlich unheilbarer Geisteskrankheit beabsichtigt war, und nicht nur eine vorübergehende Behandlung des Kranken in der Hoffnung auf Besserung seines Zustandes bezweckte. Auch im ersteren Falle wird aber durch die Unterbringung ein Wohnsitz für den Geisteskranken nur dann begründet, wenn jene mit dem Willen seines gesetzlichen Vertreters erfolgt ist, sei es, daß dieser sie selbst veranlaßt oder eine von anderer Seite, insbesondere vor seiner Bestellung zum gesetzlichen Vertreter bewirkte Unterbringung seinerseits gebilligt hat. Im Uebrigen hat eine Unterbringung von anderer Seite diese Wirkung nicht. Schroeder-Mugdan, VormR. 469. Vgl. auch OLG. 2 445 (Karlsr.) und OLG. Dresd. im SächsA. **11** 245.

§ 9. Der Paragraph ist auf die Angehörigen des ostasiatischen Expeditionskorps nicht anwendbar, da dasselbe einen inländischen Garnisonsort nicht gehabt hat. Da auch die Möglichkeit fehlt, durch Kaiserl. Verordnung einen besonderen Gerichtsstand für dieselben zu schaffen, kann nur § 16 CPO. in Frage kommen. Insoweit Konsulargerichtsbarkeit in Kraft ist, sind nach § 13 GVG. die Konsulargerichte zuständig. Sauer, DJZ. **00** 415.

§ 10. Voraussetzung des gesetzlichen Wohnsitzes der Ehefrau ist eine gültige Ehe. Mit derselben entsteht und endigt dieser Wohnsitz (abgesehen von der Ausnahme des zweiten Satzes § 10). Stübel a. a. O.

Mit der Auflösung der Ehe hört aber der abgeleitete Wohnsitz der Ehefrau nicht auf, vielmehr dauert der Wohnsitz auch für die Wittwe fort, solange sie nicht eine neue Ehe eingeht oder auf andere Weise ihren Wohnsitz ändert. Aus der Fassung des BGB. „theilt" ergiebt sich das Gegentheil nicht. Dernburg, BGB. **1** 145 A. 15.

§ 11. 1. Um dem Annahmevertrage seine Wirksamkeit auf den Wohnsitz des Kindes zu nehmen, muß die Volljährigkeit vor der gerichtlichen Bestätigung (§§ 1741, 1754 BGB.) des Annahmevertrags eingetreten sein. Keidel, Seuff. Bl. **64** 418.

2. Stübel führt SächsA. **9** 548 aus: Der gesetzliche Wohnsitz des Kindes ist davon ganz unabhängig, daß der Vater oder die uneheliche Mutter die elterliche Gewalt über das Kind hat. Voraussetzung ist vielmehr lediglich die Thatsache, daß sie Kinder ihres Vaters, ihrer Mutter sind. Der Wohnsitz des Kindes ist abhängig von dem der Hauptperson. Hat diese daher keinen Wohnsitz, so hat auch das Kind keinen, ändert die Hauptperson ihren Wohnsitz, so ändert sich auch ohne Weiteres der des Kindes. Dieser Grundsatz der Abhängigkeit ist aber nicht so konsequent durchgeführt, wie bei dem gesetzlichen Wohnsitze der Ehefrau. Nach § 11 S. 2 BGB. behält nämlich das Kind den Wohnsitz so lange, bis es ihn rechtsgültig aufhebt. Hat es also einmal den gesetzlichen Wohnsitz, so ist es gleichgültig, ob der der Hauptperson verloren geht, sei es dadurch, daß diese stirbt, sei es, daß sie ihn durch Aufgabe des bisherigen Wohnsitzes aufgiebt, ohne einen neuen zu begründen. Schwierig ist die Beantwortung der Frage, auf welche Weise dieser Wohnsitz „rechtsgültig aufgehoben" wird. Im Gegensatze zu Planck, zu § 11 ist Verf. der Ansicht, daß dies dadurch geschieht, daß das Kind einen neuen, sei es gesetzlichen, sei es natürlichen Wohnsitz begründet.

Der aus § 11 sich ergebende Wohnsitz eines für ehelich zu erachtenden Kindes ist auch für die Frage maßgebend, welches Gericht für den vom Vater wegen Anfechtung der Ehelichkeit anhängig zu machenden Prozeß zuständig ist. OLG. Dresden, R. **5** 588, Annal. d. OLG. **22** 361.

§ 12. Bendix, DPrivR. auf Grund des BGB. Breslau, 1898, 49 ff. — Brettner, Wird der § 684 II 2 d. Pr ALR d. BGB. aufgehoben? DJZ. 1897, 242. — v. Bülow, Werden durch das BGB. die Vorschr. d. Landesr. über den Uebergang und die Führung adeliger Namen berührt? Gutacht. XXIII, d. Verhdlg. d. 24. Deutsch. Juristentags, **3** 117 ff. — v. Bülow, Ueber d. Erwerb eines adligen Familiennamens d. Annahme an Kindesstatt nach d. BGB. in DJZ. 1896 432 ff. — Cohn, Neue Rechtsgüter; D. R. am eigenen Namen; D. R. am eigenen Bilde, Berlin 1902. — Gareis, D. R. am eigenen Bilde. DJZ. 1902 412 ff. — Gareis, Wie weit ist ein R. am eigenen Bilde anzuerkennen und zu schützen? Gutacht. I d. Verhdlg. d. 26. Deutsch. Juristentags, **1** 3 ff. — Götte, Ueber d. Namenr. d. BGB. im A. bürg. R. **15** 320 ff. — Götze, Namenr. im PreußVerwBl. **22** 413 ff. — Isaac, Der Schutz des Namens nach den Reichsgesetzen, Berlin 1900. — Keyßner, Zum Schutze des R. am eigenen Bilde. Gutacht. VI d. Verhdlg. d. 26 Deutsch. Juristentags **1** 72 ff. — Kollrack, Namen und Namensänderungen, Berlin 1900. — Krückmann, Gutacht. XXIV d. Verhdlg. d. 24. Deutsch. Juristentags **3** 151 ff. — Manes, D. R. des Pseudonyms unter bes. Berücksichtigung d. BGB. Göttingen 1899. — Mantey, Gehört nach Pr. ALR. u. n. BGB. zum Familiennamen eines Adeligen dessen Adelsprädikat? DJZ. 1897 220 ff. — Olshausen, Th., Das Verhältniß des Namenr. z. Firmenr., Berlin 1900. — Olshausen, Th., D. R. am eigenen Bilde, Gruchots Beitr. **46** 492 ff. — Opet, D. Namenr. d. BGB. im A.civPr. 87 313 ff. — Opet, Gutacht. XXV d. Verhdlg. d. 24. Deutsch. Juristentags **3** 191 ff. — Paech, Der civilist. Titeldiebstahl, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht **7** 9. — Ramdohr, D. R. zum Gebrauch eines Namens n. d. BGB., Gruchots Beitr. **43** 1 ff. — Sohm, Namenr. u. Adelsr., DJZ. 18998 ff. — Staudinger, Namenr. u. Adelsr., DJZ. **3** 362 ff. — Süpfle, D. Namenr. n. d. BGB., Karlsruhe 1899. — Süßheim, Namenrecht von Frau u. Kind, Gruchots Beitr. **43** 579 ff.

I. Begriff des Namens.

Der Name ist ein unerläßliches Erforderniß der Persönlichkeit, welche erst durch ihn geschaffen wird. Erst durch den Namen wird der Mensch aus der sonst unterschiedslosen Masse zu einer gesonderten Persönlichkeit gehoben, welche Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Götze 413 ff.

Der Personenname ist der zur Bezeichnung eines gewissen Rechtssubjekts bestimmte Sprachausdruck; Gegensatz zu den Bilderzeichen (Wappen, Siegel, Marken) und zu den Titeln. Ramdohr, Gruchots Beitr. **43** 3 ff.

Er dient dazu, das einzelne Rechtssubjekt in allen Beziehungen des öffentlichen und privaten Lebens von Anderen zu unterscheiden, während die Firma diesen Zweck nur hinsichtlich der kaufmännischen Interessen einer Person verfolgt. Olshausen, Namenr. 12.

Der Familienname.

Aenderungen des Familiennamens sind, soweit sie nicht kraft Gesetzes zufolge familienrechtlicher Vorgänge eintreten oder im BGB. ausdrücklich zugelassen sind (§§ 1577, 1706), nur mit obrigkeitlicher Genehmigung zulässig und können nur nach Maßgabe des Landesrechts im Geburtsregister eingetragen werden. Eine Uebersicht über das geltende Landesrecht giebt Sartorius, Komm. z. Personenstandsges. 204 ff.

Für Preußen ist durch den Allerh. Erlaß vom 12. Juli 1867, GS. 1310, welcher jedem Regierungspräsidenten das Recht beilegt, die Genehmigung zur Führung eines anderen, bereits bestehenden, Familiennamens zu ertheilen, dem dadurch Geschädigten die Möglichkeit einer Klage auf gerichtlichen Schutz entzogen, und die Ausschließlichkeit des Rechtes auf seinen Namen der Willkür der Verwaltungsbehörden preisgegeben, woran auch die vorbehaltene Nachprüfung durch den Minister des Innern nichts ändert. Götze, 425 ff.

Eine Ergänzung des Namenschutzes war deshalb durch eine dem Vorbilde des französischen Gesetzes vom 2. Germinal XI entsprechende öffentliche Norm angeregt.

Danach wäre eine Namensänderung durch die Regierung erst dann zu genehmigen, wenn nach Erlaß eines öffentlichen Aufgebots innerhalb eines Jahres

kein Einspruch gegen die beabsichtigte Namensertheilung von Personen erhoben wird, die zur Führung des betreffenden Namens berechtigt sind.

S. Levy, Vor- und Familiennamen im Rechte, hält gleichfalls die größtmögliche Publizität der Untersuchung, wie sie den badischen Bestimmungen gemäß geübt wird, für empfehlenswerth. Dadurch würde es jedem Interessenten möglich gemacht, sein Interesse, das er an der Nichtänderung des Namens hat, auf dem Wege des Einspruchs geltend zu machen. Er empfiehlt dazu die Setzung einer bestimmten, nicht zu lang auszudehnenden Frist zur Geltendmachung von Ansprüchen. Kollrack 5 ff.

Besondere Beachtung verdienen dabei die in neuerer Zeit vorkommenden mannigfachen Bestrebungen, die das Polonisiren deutscher Namen zum Gegenstande haben und denen, nachdem das KG. am 12. 4. 00 beschlossen hat, daß schon eine Veränderung in der Schreibweise eines Familiennamens einer Aenderung des Namens selbst gleichkomme, behördlicherseits und auf dem Rechtswege wirksam entgegengetreten werden kann. Kollrack, Nachtrag S. 2.

Der Vorname.

Die Ertheilung des Vornamens steht dem Erziehungsberechtigten zu und wird mit Eintragung des Vornamens in das Geburtsregister unabänderlich. Eine Berichtigung des eingetragenen Vornamens ist nur, wenn ein nicht ertheilter oder gesetzlich unzulässiger Vorname eingetragen ist, eine Aenderung der eingetragenen Vornamen — Streichung, Hinzufügung, Ersetzung durch einen anderen — nur mit obrigkeitlicher Genehmigung zulässig. Sartorius, Personenstandsg. 155 ff., 171, 396 f., 399.

Der Vater kann seinem Kinde einen Vornamen ertheilen, der in der deutschen Sprache nicht vorkommt. Meldet der Vater einen polnischen Vornamen an, so ist es Pflicht des Standesbeamten in Preußen, den bezüglichen deutschen Namen mit Hinzufügung des polnischen Namens in Klammern in das Geburtsregister einzutragen. OLG. Marienwerder v. 22. 11. 01. PosMschr. **02** 14. Ebenso KG. RJA. **1** 94 ff., auch im CBlFrG. **1** 326 abgedruckt.

Im Interesse der Rechtssicherheit regt v. Welck, DJZ. **02** 343 eine Aenderung auf gesetzgeberischem Wege dahin an, daß die Befugniß, den Rufnamen zu vertauschen oder in der Reihe der Vornamen an anderer Stelle zu setzen, von der Erlangung landesherrlicher Genehmigung abhängig gemacht werden solle. Der Rufname soll ebenso unveränderlich feststehen, wie der Familienname. Hiergegen Ziese, DJZ. **02** 554 „gerade die Adelsgeschlechter sollten sich solchen Bestrebungen der Uniformirung entgegenstemmen mit Rücksicht vor Allem auf die historischen Namenfolgen".

Adelsprädikate.

Adelsprädikate („von, Freiherr, Baron, Graf") werden als Theil des Familiennamens angesehen und den Vorschriften des BGB. über Namenserwerb unterstellt von Bülow, DJZ. **96** 432, Opet, Namenr. 333.

Dagegen weist Küntzel, Gruchots Beitr. **41** 443 darauf hin, daß das öffentliche Recht der Bundesstaaten über die Zugehörigkeit zum Adelsstand und über die Befugniß zur Führung der Adelsprädikate entscheide. So auch Brettner, DJZ. **97** 242 f., Mantey das. 220. Demgegenüber leugnet Krückmann, daß der niedere Adel mehr als ein Stand im gesellschaftlichen Sinne sei; die Frage nach der Zugehörigkeit zum Adelsstande sei neben der Frage nach dem Familiennamen deshalb nur bei dem hohen Adel möglich. Partikularrechte können, insoweit die Frage der Zugehörigkeit zum Adelsstande praktisch mit der Frage des Erwerbes und Verlustes des Familiennamens zusammenfalle, neben den diesbezüglichen Vorschriften des BGB. nicht in Betracht kommen.

Sohm führt gegen v. Bülow in der DJZ. 99 8 ff. aus, das „von" bei adligen Namen drücke nicht die Herkunft, sondern den (fiktiven) Besitz eines (ebenfalls meist fiktiven) Stammguts aus, als dessen Name der auf das „von" folgende zu gelten habe. Das Adelsprädikat sei also nicht Theil des Namens und gehe daher nicht nach den Regeln des Namenrechts, sondern nach denen des Stammgutrechts über.

Ueber diese Frage noch v. Bülow, Gutachten 117 ff. Krückmann, Gutachten 151 ff. Opet, Gutachten 191 ff. v. Staudinger 362 ff.

Nach dem Ausspruche des 25. Deutsch. Juristentags (Verhdl. 3 73) sind sowohl die höheren Adelstitel, wie auch das „von" adliger Familiennamen bloße Adelszeichen, nicht Bestandtheile des Familiennamens.

Planck (zu § 12) überweist die rechtliche Bedeutung sowie die Frage des Erwerbes und Verlustes und des Schutzes des Adels dem öffentlichen Rechte. Nur, wenn man mit den Kommissionen und der Anschauung des Lebens annehme, daß das Adelsprädikat „von" ein Theil des Namens werde, stehe dieses unter dem Schutze des § 12. Wenn man die zweifelhafte Frage, ob die Bezeichnungen höherer Adelsstufen wie „Fürst", „Graf", „Freiherr" Theile des Namens seien, verneine, so könne analoge Anwendung des § 12 Platz greifen.

Den Schutz des § 12 billigt den adligen Namen in gleicher Weise zu, wie den bürgerlichen, Kollrack 92 ff. Ebenso **RG.** 2 147; 5 174; 39 303 und Bendix 28.

II. Das Namenrecht als subjektives Privatrecht.

Zur juristischen Konstruktion dieses Rechtes führt Ramdohr 7 ff. aus: Es giebt weder Eigenthum, noch sonstige Rechte an der eigenen Person — (Individual- oder Persönlichkeitsrechte) —; Alles, was man mit jenen Ausdrücken bezeichnet, charakterisirt sich als eine besondere Kategorie von Gerechtsamen, welche als „objektlose Rechte" den Rechten an Sachen und fremden Personen hinzutreten; sie haben kein bestimmtes „Etwas" (Person oder Sache) zum Gegenstande, vielmehr wird ihr Inhalt in anderer Weise abgegrenzt. Das Namenrecht ist ein „objektloses Recht". — Mit dem Eigenthume hat das Namenrecht nur den absoluten Charakter gemeinsam, aber es existirt kein Recht am Namen, sondern lediglich auf den Gebrauch eines Namens. — Dasselbe kann familienrechtlicher Natur sein, braucht es aber nicht zu sein, wie die schutzfähigen Namen juristischer Personen und das Firmenrecht beweisen.

Dagegen Olshausen 94 ff.: Durch § 12 ist ein wirkliches Recht am Namen, nicht nur ein Recht auf den Gebrauch eines Namens geschaffen worden. Nicht ist dieses Namenrecht als ein Individualrecht oder Personenrecht oder auch als bloß privatrechtliche Reflexäußerung öffentlichen Rechtes anzusehen; auch die von Ramdohr aufgestellte Theorie der objektlosen Gerechtsame erscheint nicht anwendbar. Denn es fehlt nicht, wie Ramdohr meint, beim Namenrecht an einem bestimmten „Etwas", auf das sich der zum subjektiven Rechte gewordene Wille bezieht, vielmehr ist dieses Objekt des Rechtes ein unkörperlicher Gegenstand, nämlich der Name.

Nach Isaac 24 ff. ist das Namenrecht ein Persönlichkeitsrecht, denn

a) es ist (im Allgemeinen) kein Recht an Sachen oder anderen Personen,
b) seine Verletzung schließt immer eine Kränkung der Person des Berechtigten in sich.

Der Inhalt des Namenrechts besteht in einer doppelten Ermächtigung sowie einem Gebot und einem Verbote, nämlich

a) der Ermächtigung, daß der Berechtigte sich bzw. seine Sache mit dem zukommenden Namen benennen darf,

b) der Ermächtigung, daß Jeder den Berechtigten bzw. dessen Sache mit diesem Namen nennen darf,
c) dem Gebote, daß Jeder den Berechtigten bzw. dessen Sache mit diesem Namen nennen muß,
d) dem Verbote, daß sonst Niemand sich bzw. seine Sache mit diesem Namen nennen darf.

Das durch § 12 geschaffene Namenrecht erstreckt sich auf den nach der Rechtsordnung der Person zukommenden Namen im Ganzen. Neumann zu § 12 III 1. Es ist unübertragbar, weil es ein an die Person seines Inhabers gebundenes Recht ist. Mithin kann Niemand seinen Familiennamen einem Anderen zu Eigen übertragen, aber auch durch die Erlaubniß, den Namen eines Anderen zu wirthschaftlichen Zwecken, z. B. zur Bezeichnung von Waaren zu gebrauchen, wird niemals ein selbständiges, gegen Dritte wirksames Recht an diesem Namen erworben. Dies ein Unterschied zur Firma. Anders die Entsch. des **RG. 29** in Strafsachen 354 ff. Der Inhalt eines derartigen Vertrags zwischen Namensträger und Namensgebraucher ist vielmehr nur der, daß der Namensträger auf die Geltendmachung der ihm zustehenden namenrechtlichen Ansprüche dieser einen Person gegenüber verzichtet. Ein solcher Verzicht aber ist zulässig, da die aus § 12 erwachsenen namenrechtlichen Ansprüche rein privatrechtlicher Natur sind. Olshausen 55 ff.

Das Namenrecht haftet an der Person des Berechtigten und kann von diesem weder unter Lebenden noch von Todeswegen rechtsgeschäftlich auf einen Anderen übertragen werden. **RG. 29** 125, 133.

Der § 12 bezieht sich direkt und unmittelbar nur auf Personennamen, während das Gesetz rücksichtlich des Schutzes von Titeln, Wappen, Siegeln schweigt. Damit ist indeß die gerichtliche Verfolgbarkeit derartiger Ansprüche keineswegs ausgeschlossen, vielmehr verbleibt es bei dem bisherigen in Theorie und Praxis anerkannten Rechtszustande, wonach solche Klagen, auch wenn sie gesondert und nicht zusammen mit dem Namenrechte geltend gemacht sind, zugelassen werden. Ramdohr 6, 73. So OLG. **3** 89 (Hamburg): Anbringung eines Wappens über dem Haupteingange eines Gebäudes stellt einen Gebrauch desselben dar.

Hofmarken, Wappen unterstellt dem Schutze des § 12 als dem Namen gleichwerthige Individualisirungsmerkmale der Person Krückmann, zum Mindesten fordert er analoge Anwendung des § 12; eventuell Schutz aus § 826: Wer auf Schadensersatz klagen könne, müsse auch auf Untersagung klagen dürfen.

Isaac 57 will den § 12 auch auf Klosternamen anwenden, wenn sie durch öffentliche Annahme (z. B. Eintragung in Klosterbücher) erworben sind und außerdem auch auf die völkerrechtlich anerkannten Inkognitonamen von Souveränen.

Geschützt werden physische und juristische Personen in ihrem Namenrechte — trotz der Stellung des § 12 im Titel „Natürliche Personen", Isaac 60 — was nicht Rechtssubjekt ist, hat auch keinen rechtlich gesicherten Namen, so vor Allem Gesellschaften und die ihnen gleichgestellten Vereine ohne Korporationsrechte (§§ 54, 705 f. BGB.). — Ramdohr 43, 49, 50. Ebenso Neumann § 54 N. 2b.

Juristischen Personen versagt Opet den Schutz aus § 12, Namenr. 374 ff.

Das Namenrecht erstreckt sich nur auf den einer Person zukommenden Namen, nicht auf Sachnamen, auch nicht auf Personengattungsnamen; wer sich z. B. Fabrikant nennt, ohne eine Fabrik zu haben, verstößt nicht gegen das Namenrecht. Isaac 114 ff.

Im Gebiet des ALR. ist entschieden, daß das Recht auf Führung eines bestimmten Namens nicht ausschließlich dem Privatrechte, sondern auch dem öffentlichen Rechte angehöre, insoweit es sich um Verpflichtungen des öffentlichen Rechtes handele, den durch Geburt oder Rechtsakt erworbenen Namen zu führen. Dies haben allein die zuständigen Organe des Staates zu überwachen. Das preuß. Heroldamt ist zuständig für die Bearbeitung der Standes- und Adelssachen. Das Namenrecht ist kein Standesrecht. Die Frage, ob eine Person zur Führung eines bestimmten Namens befugt ist, fällt nicht unter den Begriff der Standessache. Verfügungen des Heroldsamts, die lediglich das Namenrecht einer Person zum Gegenstande haben, sind sonach, da sie außerhalb seiner öffentlich-rechtlichen Funktionen stehen, der Anfechtung im ordentlichen Rechtswege nicht entzogen. **RG.** v. 8. 3. 00, JMBl. **00** 652. **RG.** v. 5. 4. 00, JW. **00** 422 Nr. 29, JW. **97** 409 Nr. 18, auch abgedr. **RG. 39** 302.

III. Der Schutz des Namenrechts.

Durch § 12 wird der zum Gebrauche des Namens Berechtigte geschützt, mag seine Berechtigung auf einer Norm des bürgerlichen Rechtes (§§ 1355, 1577, 1616, 1706, 1758) oder auf einem öffentlich-rechtlichen Titel beruhen; das Namenrecht des Ausländers wird nach den Gesetzen des Staates zu beurtheilen sein, dem er angehört. **RG. 29** 127.

Dem Berechtigten wird Schutz gewährt

1. gegen denjenigen, von welchem ihm das Recht zum Gebrauche des Namens bestritten wird,
2. gegen denjenigen, welcher unbefugt den gleichen Namen gebraucht und dadurch das Interesse des Berechtigten verletzt. Dieses Interesse braucht kein vermögensrechtliches zu sein; es kann auch darin bestehen, daß ein Anderer durch Anmaßung des Namens sich den Anschein der Zugehörigkeit zur Familie des Berechtigten giebt, oder auch darin, daß in Folge einer durch den Namenmißbrauch herbeigeführten Verwechselung das Verhalten eines Anderen dem Berechtigten zugerechnet wird.

Bendix 49 ff. Ramdohr 69 ff.

1. Bestreiten des Namengebrauchsrechts. — Opet nennt die bez. Klage Namenbestreitungsklage (Namenrecht 377) — Cohn 32: „Namenanerkennungsklage" — und bezeichnet als ihre Voraussetzungen: das Namenrecht des Klägers sowie eine als ein Bestreiten desselben sich darstellende beabsichtigte Rechtskränkung von Seiten des Beklagten; als ihr Ziel: Beseitigung durch zweckdienliche Maßregeln, z. B. öffentliche Erklärungen.

Er gewährt dem Beklagten die Einrede, daß Kläger auf sein Namenschutzrecht verzichtet habe.

Das Bestreiten des § 12 BGB. kann ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen, sowie gegenüber Privaten und Behörden geäußert sein. Ramdohr 75.

Die einfache Unterlassung der Nennung des Namens des Berechtigten ist noch kein Bestreiten seines Namenrechts. Isaac 74 ff.

2. Mißbrauch des Namens. — Opet, Namenrecht 389 ff. nennt die Klage Namenanmaßungsklage und bezeichnet als ihre Voraussetzungen: das Namenrecht des Klägers, sowie unbefugten Gebrauch, der sowohl in der Verwendung des Namens zur Bezeichnung der eigenen Person des Beklagten, als auch in der Verbindung des klägerischen Namens mit Vorgängen, welche nicht vom Kläger hervorgerufen sind, bestehen könne, z. B. zur Bezeichnung einer Theaterfigur.

„Unbefugt den gleichen Namen gebraucht" (im Sinne des § 12 BGB.) nur, wer sich selber die fremde Benennung beilegt; Benutzung eines Namens zur

Bezeichnung einer Romanfigur, Benennung eines Hundes mit dem Namen einer Person in beleidigender Absicht, das Setzen eines fremden Namens unter Wahlaufrufe, Dankschreiben, Adressen ꝛc. gehören nicht unter den § 12 BGB.; derartige Verletzungen sind indeß möglicherweise anderweit verfolgbar. Rambohr 73 ff. Ebenso Isaac 99 ff., daher kein Gebrauch im Sinne des Gesetzes, wenn eine Frauensperson ihr uneheliches Kind mit dem Namen des Vaters benennt.

A. M. Götte 320 ff., der aus der Entstehungsgeschichte des § 12, aus der sich ergiebt, daß man unter den Worten „Gebrauchen", „sich bedienen" und „führen" schließlich den Ausdruck „Gebrauchen" gewählt hat, folgert, daß § 12 jede Art der Benutzung umfasse. So auch das RG. 10. 10. 01, JW. **01** 765: Benutzt Jemand zur Bezeichnung eines Tanzlokals einen fremden Namen (Embergs Salon), so liegt auch darin ein Gebrauch dieses Namens. Aus der unbeanstandeten Benutzung des Namens unter der Herrschaft des früheren Rechtes ist eine Befugniß zur Benutzung nicht herzuleiten; ebensowenig aus dem Umstande, daß eine auf Verbietung des Namensgebrauchs gerichtete Klage unter der Herrschaft des früheren Rechtes abgewiesen worden ist, weil der damals erforderliche Nachweis des Mißbrauchs des Namens nicht hat geführt werden können; heute genügt zur Begründung des Verbots die unbefugte Namensbenutzung. Vgl. auch OLG. **2** 312 (KG.).

Unter „Gleichheit" des Namens ist nicht nothwendigerweise vollständige Identität der Schreibweise zu verstehen. Rambohr 75.

Jeder einzelne Fall ist daraufhin zu prüfen, ob der geschützte und der angemaßte Namen vom Publikum als eins angesehen werden können. Isaac 99 ff.

Fernere Voraussetzung ist: Verletzung des klägerischen Interesses, welches dahin gehe, daß die Kennzeichnung durch den Namen nicht in irreführender Weise die Verwechselung mit dem Namenberechtigten, die Annahme eines nicht vorhandenen Familienzusammenhanges, die Zurechnung fremder Vorgänge zu Gunsten oder zu Lasten des Namenberechtigten und seiner Angehörigen entstehen lasse. Opet, Namenrecht 389 ff.

Das Interesse des Berechtigten ist z. B. nicht verletzt, wenn es sich um häufig vorkommende Namen handelt. Götte 320 ff.

Eine Interessenverletzung liegt auch dann vor, wenn der fremde Name benutzt wird, um damit Reklame zu machen oder das Publikum irre zu führen, oder auch nur, um einen Anderen zu kränken, wenn es sich also lediglich um ein Affektionsinteresse handelt. OLG. **2** 215 (Bamb.).

Die von ihrem Ehemanne getrennt lebende Ehefrau ist in ihrem Interesse verletzt und deshalb berechtigt, gegen die Konkubine ihres Ehemanns, welche sich als die Ehefrau des letzteren bezeichnen läßt, auf Unterlassung der Führung des Namens des Mannes zu klagen. RG. Gruchots Beitr. **46** 127, OLG. **3** 233 (KG.).

Das Wort „unbefugt" konnte unbeschadet der ratio legis fehlen, da bei einem Bestreiten des Rechtes zum Gebrauch eines Namens der Richter ohnehin die Befugniß dazu zu prüfen hat. Götte 413 ff.

Kein „unbefugter" Gebrauch liegt vor, wenn der Gebrauch des Namens im einzelnen Falle nur etwa in Folge einer getroffenen Parteivereinbarung rechtswidrig ist, dann ist keine eigentliche Namens-, sondern eine Vertragsklage gegeben. Isaac 101 ff.

Derjenige, dem die Führung eines Namens vom Staate gestattet ist, führt ihn nicht unbefugt. Daher stehen dem Träger desselben Namens gegen diesen nicht die Rechte aus § 12 zu. Fleischmann, DJZ. **00** 269. Cohn 29 Anm. 4.

Die Frage, ob ein Ausländer einen Namen im Inlande mißbraucht, ist nach dem Recht des Heimathsstaats zu beurtheilen. OLG. **3** 86 (KG.).

Ziel der Klagen: Beseitigung der Beeinträchtigung durch die zweckentsprechenden Mittel, eventuell durch öffentliche Bekanntmachung. Opet, Namenr. 393.

In dem Falle des Bestreitens des Namenrechts ist die Beeinträchtigung bereits mit dem Bestreiten erfolgt. Isaac 76 ff.

Der Anspruch des Berechtigten richtet sich auf Beseitigung der wenigstens in ihrer Wirkung noch fortdauernden Beeinträchtigung, z. B. auf Entfernung des Namens unter einer Willenserklärung oder auf öffentliche Bekanntmachung; er richtet sich auch auf Unterlassung, wenn weitere Beeinträchtigungen für die Zukunft zu besorgen sind. War früher einmal Anlaß zu solcher Besorgniß gegeben, ist sie aber in den Verhältnissen nicht mehr begründet, die ursprüngliche Beeinträchtigung auch beseitigt, dann kann aus dem verflossenen Zustande, z. B. nach dem Tode des Namenberechtigten, ein Klagerecht nicht hergeleitet werden. Ist nur die Beseitigung bewirkt, die Besorgniß neuer Beeinträchtigungen aber gerechtfertigt, so wird die Unterlassungsklage allein angestrengt. Bendix 49 ff.

Weitere Beeinträchtigungen sind dann ohne Weiteres zu besorgen, wenn der Name nicht in einzelnen Fällen, sondern ununterbrochen gebraucht worden ist, namentlich im Geschäftsleben. Daher geben § 37 HGB. u. § 8 UWges. den Anspruch auf Unterlassung ohne Weiteres. Isaac 111.

Beide Klagen des § 12 BGB. sind Leistungsklagen, bei denen sich ähnlich wie im Sachenrecht eine Zweitheilung des Antrags, bzw. Tenors in pronunciatio und condemnatio empfehlen wird. Rambohr 67. — Verschieden hiervon sind die namenrechtlichen Schadensersatz- und Feststellungsklagen, welche den für diese Ansprüche gegebenen Sondervorschriften genügen müssen; bei ersteren wird also insbesondere eine Verschuldung des Beklagten verlangt (auch im Firmenrechte), bei letzteren bedarf es des Interesses an alsbaldiger Feststellung. Endlich können persönliche Klagen aus namenrechtlichen Verträgen vorkommen. Rambohr 77—80.

Verhältniß des § 12 BGB. zum § 37 Abs. 2 HGB. Auch im Firmenrechte giebt es trotz des Schweigens des HGB. eine Klage, wenn dem Berechtigten das Recht zum Gebrauch einer Firma von einem Anderen bestritten wird; insoweit wird das Handelsrecht durch das Namenrecht des BGB. ergänzt. In letzterem ist die Wendung gebraucht: „wird das Interesse . . . verletzt", im HGB. heißt es: „wer in seinen Rechten . . . verletzt wird"; trotzdem besteht kein sachlicher Unterschied, insbesondere greift auch die firmenrechtliche Klage nur Platz, wenn ein besonderes „Interesse" gegeben ist. Dasselbe gilt in Ansehung des Umstandes, daß im Handelsrechte lediglich der Anspruch auf „Unterlassung des Gebrauchs der Firma" erwähnt wird, während die Hervorhebung des Verlangens auf Beseitigung der schon vorhandenen Beeinträchtigungen fehlt. Auch hier greift § 12 BGB. ergänzend ein. Rambohr 66, 67, 76; dazu ferner 74.

Daß dagegen mit dem Wortlaute des HGB. ein materieller Unterschied gegenüber dem BGB. gegeben ist, behauptet Olshausen 85 ff. unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 37 HGB., aus der hervorgehe, daß es sich nicht um einen zufälligen, sondern wohlbewußten Gebrauch der einzelnen Ausdrücke handele. Der Nachweis einer Interessenverletzung sei deshalb für die Anwendbarkeit des § 37 HGB. nicht erforderlich, wohl aber müsse es sich stets um das Bestehen eines wirklichen Rechtes handeln; die Verletzung „eines Rechtes" sei aber in dem Eingriff in das Absatzgebiet eines Anderen nicht zu erblicken. Hiergegen Dernburg, BGB. 1 302 Anm. 16: Es sei aber ein Recht der Persönlichkeit, seinem Gewerbe ungehindert durch illegale Machenschaften obliegen zu können, verletzt.

Beweis des Namenrechts. Es kann nicht verlangt werden, daß der Beweisführer den ganzen Stammbaum seiner Familie klarlegt, vielmehr genügt

der Nachweis, daß eine bestimmte Persönlichkeit thatsächlich den Namen geführt habe und der Beweispflichtige zu ihr in einem Verhältnisse stehe, welches an sich und im gegebenen Falle geeignet erscheint, zu bewirken, daß dem Beweisführer der fragliche Name zukomme; Beweisregeln bei juristischen Personen. Rambohr 64—66.

Es liegt aber dem Kläger auch der Beweis ob, daß Beklagter zur Führung des streitigen Namens kein Recht hat. Nicht kann man — mit Opet — unter Anwendung der Grundsätze von der actio negatoria zu dem umgekehrten Ergebnisse gelangen, daß Beklagter sein Recht am Namen zu beweisen habe. Dem Eigenthumsverhältniß allerdings ist der Charakter der Ausschließlichkeit eigenthümlich, mithin erscheint eine jede Störung durch einen Anderen im Zweifel als unberechtigter Eingriff. Anders beim Namenrechte, hier ist thatsächlich eine große Anzahl von Personen den gleichen Namen zu führen berechtigt. Olshausen 87 ff.

IV. Das Pseudonym.

Für Schutz der Pseudonyme durch § 12 Manes, Das Recht des Pseudonyms. Der Rechtsschutz des Namens ist ein Theil des Rechtsschutzes der Persönlichkeit. Auch das Pseudonym ist Namen im Sinne des Gesetzes trotz der unmaßgeblichen gegentheiligen Auffassung der Motive, die sich selbst widersprechen. Erkennt man überhaupt ein Recht der Persönlichkeit an, — und ein solches normirt § 12, — so muß man auch dem Pseudonym den gebührenden Schutz gewähren, den er im Auslande schon längst genießt. Aber selbst der durch § 12 gewährte Schutz ist nicht ausreichend. A. M. Rambohr 60 ff., der verlangt, daß ein auf Grund eines rechtsgültigen Titels erworbener, von der Rechtsordnung anerkannter Name vorliegt; nur thatsächlich gebrauchte und vielleicht deshalb gebräuchlich gewordene Bezeichnungen entbehren der Sicherung, z. B. Verbrecher=, Spitz=, Inkognito=, Künstler= (Theater=), Autor= (Pseudonyme), sowie endlich Bei=Namen der verschiedensten Art (etwa wie die bei Artisten üblichen).

Dafür, daß auch der Deckname durch § 12 geschützt werde, macht Götte 320 ff. geltend, daß § 12 ein allgemeines Recht des „Namens" und nicht nur des „Familiennamens" (vgl. auch Planck zu § 126 BGB.) anerkennt. Es ist nicht nöthig, daß neben § 12 noch ein anderer Rechtssatz ein besonderes Recht des Decknamens anerkennt. Im bisherigen Rechte war ein besonderes „Recht des (Familien=) Namens" auch nicht ausdrücklich anerkannt, und doch ist es von der Rechtsprechung angenommen. Der von Rehbein dagegen angeführte Grund: Der Deckname falle nicht unter § 12, weil er die Person nicht bezeichnen, sondern verdecken solle, greift deshalb nicht durch, weil das rechtlich in Betracht kommende Wesen des Decknamens nicht darin besteht, daß er eine Person verbergen soll, sondern darin, daß z. B. das unter einem Decknamen erschienene Werk den Urheber unter diesem Decknamen berühmt gemacht hat und dadurch für ihn ein geistiges und wirthschaftliches Interesse an dessen Weiterführung entstanden ist.

Nach Isaac 41 ff. ist der Pseudonymschutz auch praktisch durchführbar und gehört bereits dem Rechte an, denn das Urhebergesetz und das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes kennt das Recht auf Pseudonymität. Voraussetzung ist Erwerb des Pseudonyms durch mindestens einmaligen, öffentlichen Gebrauch. Mit Annahme eines neuen Pseudonyms hört der Schutz des alten auf. Geschützt werden aber auch mehrere Pseudonyme derselben Person, wenn ihnen ebenso viele selbständige literarische oder künstlerische Wirkungskreise entsprechen. Das Pseudonym kann stillschweigend, durch längeren Nichtgebrauch, aufgegeben werden, der Gebrauch des Pseudonyms eines Anderen ist unrechtmäßig.

Auch Cohn 38 ist für den Schutz des Pseudonyms: Der angenommene Name ist eben auch ein Name, und Treu und Glauben würden bei einer einschränkenden Interpretation nur leiden.

Recht am eigenen Bilde.

(Anhang zu **§ 12.**) Das Prinzip des § 12 will Neumann (s. B III zu § 12) auf das Recht am eigenen Bilde anwenden und formulirt den Rechtsatz dahin:

> „Wird das Interesse einer Person dadurch verletzt, daß ein Anderer unbefugt ihr Bild gebraucht, so kann sie von dem Anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen und bei Besorgniß weiterer Beeinträchtigungen auf Unterlassung klagen."

Den Satz: „Jeder freie Mensch hat ein Persönlichkeitsrecht, wie an seinem Körper so an dessen Abbild", stellt Gareis in seinem Gutachten 17 als Resultat seiner Erörterungen hin und meint in DJZ. **02** 414 ff., daß das Privatrechtssystem durch die prinzipmäßige Anerkennung des Rechtes am eigenen Bilde um eine wichtige Kategorie von Rechten bereichert werde.

Auch Keyßner vertritt in seinem Gutachten 83 ff. den Standpunkt, daß das Recht am eigenen Bilde in der Rechtsprechung bereits zur Geltung gebracht sei, und sieht eine Verletzung des Rechtes nicht nur in der unbefugten Veröffentlichung eines Abbildes, sondern bereits in der Anfertigung eines Abbildes, selbst wenn eine Verbreitung desselben von dem Verfertiger nicht beabsichtigt ist.

Nicht so weit geht Olshausen, der in Gruchots Beitr. **46** 499 ff. ausführt: Zur Zeit ist ein Recht am eigenen Bilde bei uns noch nicht anerkannt, wenigstens nicht in dem Sinne, daß Niemand die Gesichtszüge einer Person wider deren Willen durch Malerei oder durch ein photographisches Verfahren festhalten und derartige Abbilder verbreiten darf. Aus dem positiven geschriebenen Rechte ist ein solches Recht nicht zu begründen, insbesondere weder aus dem § 8 des Ges., betr. das Urheberr. an Werken der bildenden Künste, vom 9. 1. 1876, noch aus dem § 7 des Ges., betr. den Schutz der Photographien, vom 10. 1. 1876. Der in diesen beiden Gesetzen normirte Uebergang des Nachbildungsrechts bei Porträts und photographischen Bildnissen auf den Besteller beruht allerdings auf dem Gedanken, daß dem Besteller, der, wie man annahm, meistens zugleich der Dargestellte ist, wegen seines besonderen Interesses an dem Abbilde der eigenen Person ein Vorrecht vor dem Urheber einzuräumen ist. Daraus aber, daß man die auf ein Einwilligungsrecht des Porträtirten gerichteten Anträge nicht zum Gesetz erhoben hat, ergiebt sich, daß man ein Recht des Porträtirten an seinem Abbilde selbst in dieser Begrenzung nicht hat anerkennen wollen. Nur derjenige, der zugleich der Besteller ist, kann gegen die Verbreitung seines Bildes Einspruch erheben (anders der § 14 des neuen Entw. eines Reichsges., betr. das Urheberr. an Werken der Photographie, der die Verbreitung der Bildnisse von der Einwilligung des Abgebildeten abhängig macht). Auch im Wege des Gewohnheitsrechts ist die Anerkennung des Rechtes am eigenen Bilde nicht erfolgt, weil es an der thatsächlichen Uebung fehlt, durch die die angebliche Rechtsüberzeugung von dem Bestehen eines Rechtes am eigenen Bilde hätte zum Ausdrucke gebracht werden müssen. Gegen Gareis, Gutachten 9.

Kohler, Autor- u. industrierechtl. Abhdlg. 2. H. 56: Ein Recht auf das eigene Bild, in dem Sinne, daß Niemand mein Bild gegen meinen Willen veröffentlichen und ausstellen darf, ist nicht anzuerkennen. Wer in der Oeffentlichkeit lebt, muß sich gefallen lassen, daß die Welt das Bedürfniß empfindet, sein Bild zu kennen, und daß sie diesem Verlangen entspricht.

Hiergegen Olshausen in Gruchots Beitr. **46** 497: De lege ferenda ist bei der Frage der Anerkennung eines Rechtes am eigenen Bilde kein Gewicht darauf zu legen, ob der wider seinen Willen Porträtirte eine in der Oeffentlichkeit bekannte Person ist oder nicht (ebenso Keyßner, Gutacht. 84). Entscheidend muß vielmehr sein, ob der mit seinem Abbilde wider seinen Willen an die Oeffentlichkeit Gebrachte hierdurch in seinem Interesse verletzt worden ist oder nicht. Es kann nun aber

sehr wohl Jemand, der in der Oeffentlichkeit lebt, unter Umständen ein Interesse daran haben, daß sein Porträt nicht in illustrirten Zeitungen erscheint. Dann muß das Recht ihn trotz seiner Stellung im öffentlichen Leben ebenso schützen wie jeden unbekannten Privatmann.

Gegen Kohler neuerdings auch Cohn 48: Dieser findet das Kriterium für die Erlaubtheit oder Unerlaubtheit der Publikation eines Bildes in dem beleidigenden Charakter des Bildes oder seiner Veröffentlichung. Nur wo Beleidigung vorliegt, soll es ein Einspruchsrecht geben. Dabei darf das Wort Beleidigung nicht in dem allerengsten Sinne genommen werden, in welchem es die Antastung des sittlichen Werthes einer Person bedeutet, sondern es umfaßt auch die Fälle der bewußten Lächerlichmachung, Verhöhnung, Kränkung, Demüthigung und Verspottung.

Stenglein, DJZ. **02** 502 dagegen meint: Eine Verweisung auf andere Rechtsnormen, z. B. die wegen Beleidigung, zeige nur, daß man die Strafbarkeit unbefugter Abbildung zugebe, sich aber scheue, den Fall direkt mit Strafe zu bedrohen.

In dem § 12 erblickt Paech, Gewerbl. Rechtsschutz **02** 277 ff. das Paradigma für den Schutz aller Persönlichkeitsrechte und sieht als solches auch das Titelrecht an.

§ 13. Literatur: Dressel, Bestimmungen über Verschollenheit u. Todeserklärung. Lehmann, Hirths Ann. **01** 18 ff. Verschollenheit ist eine thatsächliche Eigenschaft von relativer Bedeutung: der hier Verschollene lebt möglicherweise anderswo als ganz bekannte Persönlichkeit. Entscheidend ist die Gerichtsunbekanntheit im Bezirke des für die Todeserklärung zuständigen Gerichts. Gareis, Allg. Th. 23.

§ 15. Bei der Kriegsverschollenheit kommt der Rechtsbegriff Krieg in dem Sinne in Betracht, daß ein nur vorübergehend die öffentliche Ruhe störender Aufstand oder die militärische Verfolgung einer Räuberbande, oder die gewaltsame Durchführung einer sogenannten friedlichen Blockade nicht unter diesen Begriff fällt; ein Angehöriger der deutschen Schutztruppe oder Kriegsmarine, der bei der Bestrafung eines aufrührerischen Eingeborenenstammes in Verschollenheit geräth, kann nicht nach § 15 für todt erklärt werden. Für den Begriff der Theilnahme am Kriege ist die Anwesenheit im Gebiet und zur Zeit der persönlichen Kriegsgefahr entscheidend, wie durch Beispiele illustrirt Gareis, Allg. Th. 27, 28 derselb. PosMschr. **01** 131. A. A. Schröder, DJZ. **01** 280 f., welcher unter Krieg auch kriegerische Unternehmungen verstanden wissen will.

§ 17. Zur Annahme der Verschollenheit aus § 17 BGB. ist der Nachweis eines Unfalls nicht erforderlich. Sie muß daher gegen Hölder 114 nicht als Unfallverschollenheit, sondern mit Eck, Vortr. 45 als Gefahrverschollenheit bezeichnet werden. Das Vorhandensein einer „Lage, die möglicherweise mit einer Lebensgefahr verbunden war", genügt nicht; es müssen ungewöhnlich gefahrdrohende Umstände hinzukommen. Die Möglichkeit z. B., auf der Straße von einem herabfallenden Dachziegel getödtet zu werden, genügt nicht, wie das Wort „Ereignisse" ergiebt. Bezüglich des Beginns der Verschollenheitsfrist bei gefährlichen Ereignissen, wie z. B. einer Nordpolexpedition, entscheidet der Augenblick, in dem die Gefährlichkeit eines solchen Unternehmens über diejenige einer gewöhnlichen Seefahrt hinauszugehen beginnt, z. B. bei der Annäherung an schwimmende Eisberge, oder wenn man diesen Augenblick nicht kennt, der Zeitpunkt, in dem er spätestens zu erwarten war. Leonhard, Allg. Th. 75 f.

Die Lebensgefahr, welche der Zweikampf bewirkt in Verbindung mit einer daran knüpfenden dreijährigen Verschollenheit stellt einen gesetzlichen Grund zur Todeserklärung dar. Höniger, Recht **00** 225.

§ 18. Auch wenn das die Todeserklärung aussprechende Urtheil zu Unrecht erlassen oder der Zeitpunkt des Todes der Verschollenen unrichtig festgestellt ist, hat es die ihm nach BGB. zukommenden Wirkungen. Die Unrichtigkeit kann nur durch Anfechtungsklage geltend gemacht werden. Bayr. OLG. Recht 5 261.

§ 20. Wird die hier aufgestellte Vermuthung des gleichzeitigen Todes nicht widerlegt, so kommt kein Recht für einen der mehreren in der gemeinsamen Gefahr Umgekommenen oder seine Nachfolger zur Entstehung, welches durch das Ueberleben des einen bedingt ist. Bendix, Privatr. 40.

Böckel, Kommorienten, A.civPr. **93** 478 ff. „Gemeinsame Gefahr" ist die für eine Mehrheit von Menschen mit einem und demselben Geschehniß entstandene außergewöhnliche Bedrohung des Lebens, da nicht die Einheitlichkeit des Endpunktes, sondern die des Ausgangspunktes als entscheidend anzunehmen ist. S. 481 ff. gegen die Definition Hölders zu § 20.

Nicht tritt, wie Planck annimmt, die Vermuthung des § 20 unter Umständen hinter der des § 18 zurück, vielmehr geht § 20 als Spezialvorschrift der allgemeinen Regelung des § 18 vor. 486/487.

Entgegen dem Wortlaut erheischt das praktische Bedürfniß die Ausdehnung der Vermuthung gleichzeitigen Todes auf die verschollenen Betheiligten, obwohl in diesen Fällen der Tod nicht ermittelt ist. 488.

Zweiter Titel.
Juristische Personen.

Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrechte (Stuttgart 1901).

J. v. Bülow, Das Vereinsrecht des BGB. (Berlin 1902).

Gierke, Das Wesen der menschlichen Verbände (Rektoratsrede).

1. a) Die Körperschaft (der Verein) im weitesten Sinne ist eine durch einseitige Rechtsakte begründete Verbindung Aller unter Allen und bildet mit der Stiftung — ebenfalls eine durch einseitige Akte hervorgerufene Interessengemeinschaft von Personen und Personenverbänden — ein eigenes dem dinglichen und dem obligatorischen Rechte ebenbürtiges Gebiet des Vermögensrechts. Das statutarische Privatrecht — wie man dieses Gebiet bezeichnen kann — enthält die Befugniß, die gesammten Leistungen eines Verbandes von Personen zu nutzen, während das obligatorische Recht die Befugniß, die Thätigkeit einer oder mehrerer Personen, und das dingliche Recht die Befugniß, eine körperliche Sache oder ein unkörperliches Gut zu nutzen, darstellt. Träger aller dieser Rechte kann nur der Mensch sein, der allein die vom Rechte geschützte Genußfähigkeit besitzt; es bleibt daher im Personenrechte kein Raum für sog. juristische Personen. Ein Unterordnen des gesammten statutarischen Privatrechts (der Genossenschaft, des Vereins, der Stiftung) unter das Kapitel des Rechtssubjekts und den Begriff juristische Person ist ein systematischer Mißgriff, welcher die Bedeutung eines gerade für das heutige Leben wichtigen und selbständigen Rechtsgebiets in nachtheiliger Weise zu beeinträchtigen geeignet ist. M. Schwabe, „Die juristische Person u. das Mitgliedschaftsrecht", und „Rechtssubjekt u. Nutzbefugniß". Vgl. hierzu Meurer 247.

b) Die menschlichen Verbände sind reale Einheiten, die mit der Anerkennung ihrer Persönlichkeit durch das Recht nur das empfangen, was ihrer rechtlichen Beschaffenheit entspricht. Gierke 10.

Der Verband ist gleich dem Individuum eine leiblich-geistige Lebenseinheit, die Wollen und das Gewollte in That umsetzen kann. Im Gegensatze zum Individuum ist der Verband ein Lebewesen, bei dem das Verhalten der Einheit des

Ganzen zur Vielheit der Theile der Regelung durch äußere Normen zugänglich ist. Gierke 12.

2. a) Die juristischen Personen des bürgerlichen Rechtes sind zu bezeichnen als Organisationen, welche als Rechts- und Willenssubjekte anerkannt sind. Enneccerus-Lehmann 2 82 ff., vgl. auch 94 Anm. 2.

b) Meurer 3 ff. geht davon aus, daß Rechtssubjekte nur die Menschen sind, und findet die Träger des Korporations- resp. Stiftungsrechts in den Korporationsmitgliedern resp. Stiftungsdestinatären, welche kraft gesetzlicher Anordnung ganz wie eine Einheit behandelt würden. Er erblickt das Wesen der juristischen Person darin, daß kraft dieser gesetzlichen Anordnung eine Vielheit ganz wie eine Einheit funktionire (Theorie der Einheitsbehandlung). Weiter ausgeführt 18 ff., 43 ff. Vgl. auch 242 ff.

c) Das Kennzeichnende der juristischen Person besteht in der Haftung des Sondervermögens und darin, daß die Berechtigten unter dem Namen der juristischen Person zu einer Einheit zusammengefaßt werden. Ebbecke, Grunds. des bürgerl. R. 67.

3. Dem einzelnen Menschen kommt nach den heute geltenden Anschauungen die Fähigkeit, Rechtssubjekt zu sein, von Natur zu, er ist eine natürliche Person. Einer Vereinigung oder Veranstaltung von Menschen wird diese Fähigkeit erst durch eine Satzung des positiven Rechtes beigelegt. (Vgl. auch Meurer a. a. O. 54). Man bezeichnet deshalb die mit der Fähigkeit, Rechtssubjekt zu sein, ausgestattete Vereinigung oder Veranstaltung als juristische Person. Diese Bezeichnung, welche durch das BGB. nunmehr gesetzlich festgelegt ist (vgl. die Ueberschriften vor §§ 21, 89 und §§ 1061 Satz 2, 2044 Abs. 2 Satz 3, 2101 Abs. 2, 2109 Abs. 2, 2106 Abs. 2 Satz 2, 2163 Abs. 2) ist jedenfalls vom Standpunkte des geltenden Rechtes aus eine durchaus zutreffende. Die juristische Person ist ebenso wie die natürliche eine wirkliche Person (im Rechtssinne). Beide unterscheiden sich nur dadurch, daß der ersteren die Persönlichkeit durch Rechtssatz beigelegt ist, während sie der letzteren an sich zusteht (vgl. auch M. 1 78). Unzutreffend ist es, die juristische Person als fingirte, moralische, mystische Person zu bezeichnen. Diese Bezeichnung ist unrichtig, mag man hier „Person" im Rechtssinn oder im natürlichen Sinne verstehen. Ersteren Falles ist sie unrichtig, weil die juristische Person keine fingirte (moralische, mystische), sondern eine wirkliche Person im Rechtssinn ist, letzteren Falles, weil sie gar nicht als Person im natürlichen Sinne, sondern als solche im Rechtssinne gilt. Goldmann-Lilienthal (2) 1 47.

4. Sammelvermögen (vgl. § 1914) erklärt Isay, Iherings J. 36 446 f. für eine juristische Person eigener Art auch ohne staatliche Genehmigung. Nach Kuhlenbeck (a. a. O. 246) geht das Sammelvermögen zunächst in das fiduziarische Eigenthum der Sammler über, die es dann an die Destinatäre übertragen.

5. Grundsätzlich stehen, wie aus dem Begriffe der Persönlichkeit folgt, natürliche und juristische Personen in Bezug auf ihre Rechtsfähigkeit völlig gleich. Die juristische Person kann Subjekt aller Rechte und Pflichten sein, soweit nicht Ausnahmen durch positive Bestimmungen vorgeschrieben sind oder sich daraus ergeben, daß gewisse Rechte und Pflichten nur bei natürlichen Personen in Betracht kommen können. Die juristische Persönlichkeit besteht hiernach nicht nur in der Vermögensfähigkeit, sondern in der allgemeinen Rechtsfähigkeit. Alle Bestimmungen des Gesetzes finden grundsätzlich auf natürliche und juristische Personen in gleicher Weise Anwendung, soweit nicht die vorerwähnten Ausnahmen Platz greifen. Auch die Vorschriften des vierten Buches des BGB. (Familienrecht) sind nicht grundsätzlich von der Anwendung auf juristische Personen ausgeschlossen.

So kann z. B. einer juristischen Person nach § 1913 ein Pfleger bestellt werden. Ebenso Fuchs, Das dtsche. Vormundschaftsr. 266 f., Schultetus, Handb. des Vormundschaftsr. 225 f. Daß die Anwendung der Vorschriften des vierten Buches nicht durchweg einen einzelnen Menschen voraussetzt, ergiebt auch § 1914. Goldmann-Lilienthal **1** 49. Vgl. auch Meurer 53. In Bezug auf das Familienrecht a. M. Neumann in der DJZ. **02** 98, Enneccerus-Lehmann **1** 84, Bülow 9.

6. Unter Ablehnung natürlicher Handlungsfähigkeit spricht Kuhlenbeck (V. d. Pand. z. BGB. 185 f.) der juristischen Person juristische Handlungsfähigkeit im Interesse des durch sie repräsentirten Zweckes zu (Geschäftsfähigkeit und Haftung für Delikte). Er giebt ihr die Klage wegen frivoler Rechtsverletzung, welche ihren Zweck zu gefährden geeignet ist, hält sie aber nicht für ein geeignetes Objekt der Beleidigung (Ehrverletzung), die nur die einzelnen indirekt getroffenen Mitglieder angehe (181 f.).

7. Das BGB. ist, insoweit es allgemeine Vorschriften über Vereine enthält, die subsidiäre Rechtsquelle auch für die vom sonstigen Reichsrechte geregelten rechtsfähigen Vereine (z. B. Aktiengesellschaft, eingetragene Genossenschaft, G. m. b. H.). KG. J. **23** A 105 ff. Ebenso Staub, Anm. 9 zu § 178 HGB. und im Bankarchiv Jahrg. 1 Nr. 3, Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit (2) 6 Anm. 2e, Staudinger-Löwenfeld 104, Makower, HGB. (12) 47, Simon, Goldschmidts Z. **49** 5 ff. A. M. Pinner, Aktienr. Anm. IX zu § 178 HGB. und Goldschmidts Z **50** 2 ff., Goldmann-Lilienthal **1** 52 Anm. 10 und 11.

8. Die Bestimmungen des BGB. berühren in keiner Weise das Versammlungsrecht, auch nicht bezüglich der Versammlungen der nach dem BGB. rechtsfähigen Vereine, soweit letztere in das Gebiet des öffentlichen Rechtes fallen; das BGB. enthält über das Versammlungsrecht überhaupt keine Vorschriften. An den landesgesetzlichen Bestimmungen bezüglich des Vereinswesens, welche dem öffentlichen Rechtsgebiet angehören, ist durch das BGB. nichts geändert, diese werden aber wesentlich dadurch ergänzt, daß den Ortspolizeibehörden das Recht verliehen ist, gegenüber einer Reihe von Vereinen dahin zu wirken, daß diesen die Rechtsfähigkeit nicht zu Theil werde, oder selbst ihnen die erlangte Rechtsfähigkeit wieder zu entziehen. Gerland, Das Vereinsrecht des BGB. und seine Einwirkung auf das preuß. Ges. v. 11. März 1850 im PreußVerwBl. **21** 13 ff.

§§ 21, 22. 1. a) Die Entstehung eines rechtsfähigen Vereins setzt sich aus zwei Akten zusammen: der Gründung des noch nicht rechtsfähigen Vereins und der Erlangung der Rechtsfähigkeit. Goldmann-Lilienthal **1** 52.

b) Die Vereine und Stiftungen sind das Substrat oder der Personenverband, welcher mit Rechtsfähigkeit ausgestattet wird. Meurer 210.

c) Zwischen dem nicht eingetragenen und dem durch Eintragung rechtsfähig gewordenen Verein besteht eine Kontinuität. Es ist thatsächlich der identische Verein, welcher nur durch die Eintragung eine neue Rechtsstellung erlangt hat. Mit der Umwandlung des Vereins vollzieht sich die des Gesellschaftsvermögens in ein dem rechtsfähigen Vereine zustehendes Vereinsvermögen. OLG. **2** 462 (Hamb.).

2. Ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (§ 21), oder dessen Zweck auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (§ 22).

a) Nach Hölder, DJZ. **00** 412, ist der Endzweck des von Vereins wegen stattfindenden Geschäftsbetriebs identisch mit dem Vereinszwecke. Ein Verein fällt daher unter § 22, wenn er einen wirthschaftlichen Zweck hat, unter § 21, wenn

er nicht einen wirthschaftlichen Zweck hat, d. h. die Befriedigung eines wirthschaftlichen Bedürfnisses seiner Mitglieder bezweckt. Vgl. auch Hölder zu § 21 BGB. und in Gruchots Beitr. **44** 735.

b) Eck, Vortr. 53, weist darauf hin, daß wirthschaftlicher Geschäftsbetrieb nicht auf Gewinn gerichtet zu sein braucht; er nennt die Vereine des § 22 „Wirthschaftsvereine", nicht Erwerbsvereine. Vgl. Neumann Anm. 3 zu § 21. Auch nach Levis, DJZ. **01** 480 II 2, kommt es auf die Erwerbsabsicht nicht an. Vgl. ferner Planck Anm. 2 zu § 21, Rehbein Anm. II 2b zu §§ 21—54.

c) Dagegen ist nach Samter, Das Wesen der eintragungsfähigen Vereine, DJZ. **00** 311 ff., bei der Begriffsbestimmung des wirthschaftlichen Vereins im Sinne des § 22 hinter den Worten: „Ein Verein, dessen Zweck auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist", hinzu zu denken: „zur Erreichung eines wirthschaftlichen Vortheils". Der nichtwirthschaftliche, eintragungsfähige Verein ist hiernach zugleich als derjenige bestimmt, welcher nicht die Erreichung eines wirthschaftlichen Vortheils, also die Erreichung eines idealen Vortheils bezweckt, wenn auch unter Zuhülfenahme eines wirthschaftlichen Geschäftsbetriebs. Maßgebend für das Wesen des eintragungsfähigen Vereins ist der Hauptzweck, mag auch die Erreichung des idealen Hauptzwecks für dritte Personen, ja selbst für die Vereinsmitglieder wirtschaftliche Vortheile bringen. Zustimmend Meurer 227 Anm. 4.

d) Levis, DJZ. **01** 480 II 1, bestimmt den Begriff des wirthschaftlichen Geschäftsbetriebs dahin, daß darunter jeder Geschäftsbetrieb fällt, in dem Güter hervorgebracht, erhalten und brauchbar gemacht, insbesondere umgesetzt werden. Vgl. Planck Anm. 2 zu § 21. Er faßt den Begriff des „Gutes" im weitesten Sinne und zählt hierher auch das menschliche Leben und die menschliche Kraft, sofern sie eben nur als wirthschaftliche Werthe in Betracht gezogen werden. Daher sei z. B. ein Lebensversicherungsverein nicht eintragungsfähig.

e) Goldmann-Lilienthal **1** 54 ff. heben hervor, einmal, daß ein „wirthschaftlicher Geschäftsbetrieb" schon sprachlich nur der wirthschaftliche Betrieb eines Geschäfts, nicht der Betrieb eines wirthschaftlichen Geschäfts sein könne. Wirthschaftlich sei der Betrieb, wenn er nach den Grundsätzen der Wirthschaftlichkeit erfolgen solle, wenn er also auf Kapital-Vermehrung (-Erhaltung oder -Sicherung) gerichtet sei. Ferner dürfe man den Geschäftsbetrieb, auf den das Gesetz gerade seine Bestimmung abstelle, nicht völlig aus dem Gesetze beseitigen. Deshalb genüge es zur Anwendung des § 22 nicht, daß der Verein eine Kapital-Vermehrung bezwecke, sondern er müsse zur Erreichung dieses Zweckes ein Geschäft betreiben, d. h. selbst eine auf Gewinn abzielende Thätigkeit entfalten und hierfür bestimmte Einrichtungen unterhalten. Ohne Betrieb eines Geschäfts gebe es keinen Verein im Sinne des § 22. Vgl. auch OLG. **00** 15 (Stuttg.) und Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit (2) 5 Anm. 2c. — Als Bezeichnung der Vereine der §§ 21, 22 würde „Vereine ohne wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb" und „Vereine mit wirthschaftlichem Geschäftsbetrieb" am meisten den Bestimmungen des Gesetzes entsprechen (60 Anm. 1).

f) Best, HessRechtspr. **1** 39, stellt die Entstehungsgeschichte der §§ 21, 22 dar und folgert daraus, daß im Wesentlichen nur Vereine zu gemeinnützigen, wohlthätigen, geselligen, wissenschaftlichen und künstlerischen Zwecken eintragungsfähig seien. Danach seien auch Berufsvereine zur Wahrung der gemeinsamen Interessen der Berufsgenossen eintragungsfähig, falls sie nicht den Charakter von Produktivgenossenschaften oder Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit an sich tragen. Der letztere Gesichtspunkt treffe bei Sterbe-, Wittwen- und Waisenkassen und bei Vereinen, die ähnliche Zwecke verfolgen, zu. Es handelt sich hier nicht um

wohlthätige oder gemeinnützige, sondern insofern nur um die Verfolgung wirthschaftlicher Zwecke, als die bezeichneten Vereine lediglich die Erhaltung und Sicherung der wirthschaftlichen Lage ihrer Mitglieder anstreben.

3. Für die Feststellung des Zweckes sind die Satzungen des Vereins nicht allein ausschlaggebend. Es müssen auch alle sonstigen Umstände in Betracht gezogen werden, die geeignet sind, den wirklichen Willen der Theilnehmer am Verein und daraus den wahren Zweck erkennen zu lassen, der vom Verein erstrebt wird. Mit Rücksicht auf das sächsische Vereinsgesetz v. 22. 11. 1850 entschieden. OLG. Dresden, Sächs. Ann. **21** 104.

Die Frage, ob der Zweck eines Vereins auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, ist unter Berücksichtigung sämmtlicher Zwecke des Vereins in der Weise zu entscheiden, daß zunächst der Hauptzweck ermittelt und sodann bestimmt wird, ob dieser auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. LG. Cassel, CBlFrG. **1** 858. Ebenso Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit (2) 6 Anm. 2d. Dagegen Levy, DJZ. **01** 480.

4. Aus der Praxis.

A. Nach der Satzung verfolgte der Verein folgende Zwecke:

a) Einwirkung auf die Mitglieder auszuüben, sich gegenseitig zu unterstützen, durch engen Zusammenschluß und durch gemeinsame Thätigkeit die ehrenhafte Stellung des Detaillistenverbandes zu wahren und mit allen gesetzlichen Mitteln zu fördern;

b) Bekämpfung der Konsumvereine aller Art, der Waarenhandel treibenden Darlehnskassen, des Auktionsunwesens, des gewerbsmäßigen Handels durch Staats- und Kommunalbeamte und des von nicht Gewerbesteuer zahlenden Personen ausgeübten Handels;

c) Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes aller Art nach Maßgabe des Reichsges., ferner der schwindelhaften Reklame, der Waarenlager und des Hausirhandels;

d) die Bewahrung der Mitglieder vor schädlichem Kreditgeben durch Einrichtung einer Abtheilung für Mahnverfahren und einer Liste der säumigen Schuldner.

Der Verein wurde für eintragungsfähig erklärt, da der unter a bis c bezeichnete Zweck der nicht auf einen wirthschaftlichen Betrieb gerichtete Hauptzweck des Vereins sei. LG. Cassel, CBlFrG. **1** 858.

B. Der Verein „Selbsthülfe", als dessen Zweck die Satzung angab, „eine auf Gegenseitigkeit beruhende schnelle und kräftige Unterstützung der Hinterbliebenen verstorbener Mitglieder" ist nicht eintragungsfähig. Nach der Satzung sollte das Mitglied Eintrittsgeld und jährliche Beiträge zahlen und hierdurch ein Kapitalvermögen angesammelt werden. Der Verein sollte den Hinterbliebenen ein nach der Dauer der Mitgliedschaft des Verstorbenen zu bestimmendes Versicherungsgeld auszahlen. Hiernach ist der Beweggrund ein idealer, der Zweck aber ein wirthschaftlicher. LG. Darmst., HessRechtssp. **01** 4.

Als Zweck des Vereins gab die Satzung an „Förderung und Pflege der geistigen und materiellen Interessen seiner Mitglieder". Dieser Zweck sollte neben Veranstaltungen wissenschaftlicher, gesellschaftlicher und kollegialer Art durch Gewährung von Darlehen und Kautionsbestellung für Mitglieder, Unterstützung der Wittwen und Waisen von Mitgliedern, durch eine Sterbegeld- und Renten-Versicherung, Gewährung des Rechtsschutzes von Mitgliedern erreicht werden. Im Beschwerdewege wurde die Eintragung zugelassen. LG. Stuttg., Boschers Z. f. FrG. u. d. Gem.-Vwltg. **00** 166.

Als Zweck des Versicherungs-Beamtenvereins war angegeben: Pflege der Kollegialität, Fortbildung seiner Mitglieder in Berufs- und anderen Wissen-

schaften durch Vorträge und Kurse, Errichtung einer Bibliothek mit besonderer Berücksichtigung der Fachliteratur, Schaffung von Wohlfahrtseinrichtungen (wie z. B. Kranken-, Pensions- und Invalidenkassen) für seine Mitglieder und deren Angehörige durch Anschluß an eine bereits bestehende, derartige Einrichtung besitzende größere Vereinigung, Errichtung einer Spar- und Darlehenskasse. Mit Rücksicht auf die beabsichtigte Errichtung der Kasse wurde die Eintragung zurückgewiesen. Hierin liege ein wirthschaftlicher Hauptzweck des Vereins, durch den ein unmittelbarer wirthschaftlicher Vortheil der Mitglieder erstrebt werde. LG. München, CBlFrG. **1** 704.

C. Ein Haus- und Grundbesitzerverein ist nicht eintragungsfähig. Die Eintragungsfähigkeit eines Vereins ist zu verneinen, wenn er, auch ohne ein eigenes wirtschaftliches Geschäft zu betreiben, doch ausschließlich oder vorwiegend wirthschaftliche Interessen vertritt. Ein „wirthschaftlicher Geschäftsbetrieb“ ist vorhanden, wenn der Verein Einrichtungen wirthschaftlicher Art getroffen hat, durch welche er die Förderung wirthschaftlicher Interessen betätigen will. Aus der Entstehung der §§ 21, 22 erhellt, daß zum Begriffe des wirthschaftlichen Geschäftsbetriebs nicht erforderlich ist, daß der Verein direkt Güter hervorbringt. LG. Essen, CBlFrG. **1** 440. Vgl. dagegen Goldmann-Lilienthal **1** 56 Anm. 14.

Ein Verband landwirtschaftlicher Genossenschaften (Berufsverein), welcher der einzelnen genossenschaftlichen Arbeit dient, eine wirksame Vertretung nach Außen garantiert, eine Sicherung der Geschäftsführung der einzelnen Genossenschaften gewährleistet, den Austausch von Erfahrungen, die Vollkommnung der inneren Einrichtung der Einzelgenossenschaften sowie die Verbreitung und Befestigung gemeinsamer Grundsätze herbeizuführen strebt und endlich den Anschluß sämmtlicher deutschen Genossenschaften an den bestehenden allgemeinen Verband bezweckt, ist eintragungsfähig, da er als solcher einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb nicht bezweckt. LG. Graudenz, PosMschr. **00** 161.

D. Den Verein „Kreditreform“ erklären für eintragungsfähig OLG. **1** 15, 17 (Stuttg.); DIZ. **00** 188 und das LG. Hanau, DIZ. **00** 188, für nicht eintragsfähig das LG. Cöln, DIZ. **00** 120, das LG. Hamb., Hans. Gerichtsztg. **00** 87 und CBlFrG. **1** 22. Vgl. auch Samter, DIZ. **00** 311 ff. und Goldmann-Lilienthal **1** 56 Anm. 13.

E. Ein Begräbnißkassenverein ist eintragungsfähig, da sein Hauptzweck darauf gerichtet ist, jedem Mitglied ein anständiges würdiges Begräbniß zu sichern, also ein idealer ist. LG. Dessau, Thür. Bl. **28** 106, PosMschr. **01** 161.

F. Ein Baptistenverein ist als Religionsgesellschaft mit Rücksicht auf Art. 84 EG. z. BGB. und Art. 13 preuß. Verf. nicht eintragungsfähig. LG. Tilsit, Pos.-Mschr. **00** 36.

5. a) Die Vorschriften der §§ 21, 22 schließen in ihrem Geltungsbereich einander aus. Ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, kann die Rechtsfähigkeit nur durch Eintragung, nicht auch durch staatliche Verleihung, ein Verein, dessen Zweck auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, kann die Rechtsfähigkeit nur durch staatliche Verleihung, nicht auch durch Eintragung erlangen. Eintragung und staatliche Verleihung verschaffen demgemäß auch die Rechtsfähigkeit nur, wenn sie unter den Voraussetzungen der §§ 21, 22 erfolgen. Ein nach § 21 nicht eintragungsfähiger Verein ist, auch wenn er eingetragen ist, ebensowenig rechtsfähig, wie ein nach § 22 nicht konzessionsfähiger Verein, dem die Rechtsfähigkeit staatlich verliehen ist. Goldmann-Lilienthal **1** 57. Ebenso Meurer 230.

b) Wenn sich ein eingetragener Verein in einen Erwerbsverein umwandelt und als solcher durch staatliche Verleihung rechtsfähig wird, so behält er dieselbe

Persönlichkeit, es findet ein Wechsel nur im Rechtsgrunde der Rechtsfähigkeit, nicht in letzterer selbst statt, demnach kein Untergang und kein Uebergang, sondern es tritt ein ähnliches Verhältniß ein, wie wenn eine Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftpflicht umgewandelt wird. Gareis, Lehrb. d. Handelsr. (6) 439 und Allg. Th. d. BGB. 40.

6. a) Die staatliche Verleihung der Rechtsfähigkeit nach § 22 unterliegt der richterlichen Nachprüfung wie hinsichtlich der Beschaffenheit des Vereinszwecks so auch in der Richtung, ob nicht der Verein nach der ihm gegebenen Verfassung unter die „besonderen reichsgesetzlichen Vorschriften" fällt, in deren Ermangelung allein die staatliche Verleihung zugelassen ist; diese Prüfung hat aber auf Grund der dem Vereine thatsächlich gegebenen Verfassung, nicht derjenigen, die ihm hätte gegeben werden können, zu geschehen. Dorner, Badisches AG. z. BGB. 38 ff.

b) Erhebt ein eingetragener Verein eine Klage, so steht dem Beklagten die Einrede zu, daß die Eintragung nach § 22 nicht hätte erfolgen sollen. Denn das Zutreffen der Voraussetzung gültiger Eintragung ist die Bedingung, unter der die Eintragung des Vereins die Rechtsfähigkeit begründet, und das Vorhandensein dieser Voraussetzung ist bei Eintragungen in öffentliche Register vom Prozeßgerichte zu prüfen. Dem Beklagten liegt aber der Nachweis der Unrichtigkeit der Eintragung ob, und wenn dieser geführt wird, ist die Klage abzuweisen. Josef, Buschs Z. **30** 126.

c) Einem Vereine, dessen Zweck auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (Erwerbsverein), darf die Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung nur beigelegt werden, wenn sie nicht auf Grund reichsgesetzlicher Bestimmungen (durch Annahme einer der reichsgesetzlich geregelten Gesellschaftsformen: Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft, Handelsgesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung ꝛc.) erlangt werden kann. Die Verleihung der Rechtsfähigkeit an einen Verein ist daher unzulässig, wenn er dem Reichsrecht unterstellt werden kann. Diese Möglichkeit ist aber nur dann als gegeben anzusehen, wenn der beabsichtigte wirthschaftliche Zweck des Vereins durch Annahme einer reichsgesetzlichen Gesellschaftsform ebensogut oder besser zu erreichen ist wie bei Verleihung der Rechtsfähigkeit durch den Staat. Diese Verleihung ist daher nicht schon dann ausgeschlossen, wenn formell die Möglichkeit besteht, einen Verein dieser oder jener rechtsgesetzlichen Form anzupassen, sondern nur dann, wenn die betreffende Gesellschaftsform auch wirthschaftlich für den Verein geeignet ist. Holtz, PreußVerwBl. **21** Nr. 49.

d) Alle Aktiengesellschaften und zwar ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens, also auch diejenigen mit idealen Tendenzen, unterliegen hinsichtlich der Erlangung der Rechtsfähigkeit ausschließlich dem HGB. und nicht den Vorschriften des § 21 BGB. Riesser, DJZ. **00** 132 ff. gegen Simon in Goldschmidts Z. **49** 8 und Keyßner, ebenda 309 Anm. 2.

§ 23. EG. Art. 10. Vereine, die keinen Sitz in einem Bundesstaate haben, können Rechtsfähigkeit in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften im Inlande nur durch Beschluß des Bundesraths erlangen (§ 23). Nicht zu verwechseln mit der Frage, wie ein ausländischer Verein im Inlande die Rechtsfähigkeit erlangen kann, ist die Frage des internationalen Privatrechts, inwieweit die im Ausland erlangte Rechtsfähigkeit eines Vereins im Inlande wirksam ist. Hierüber bestimmt EG. Art. 10. Goldmann-Lilienthal **1** 58. Vgl. Neumann Art. 10 EG. und Plotke in Böhms **3** **10** 13.

§ 24. 1. Als Sitz eines Vereins ist nur der Ort anzusehen, von welchem aus die Leitung, nicht die Führung oder Verwaltung der sämmtlichen Angelegenheiten des Rechtssubjekts erfolgt. Dieser Begriff ist auf die Leitung

derjenigen Vermögensmassen, welche im Verkehr eine gewisse Selbständigkeit genießen, ohne ein selbständiges Rechtssubjekt zu bilden, auszudehnen. Levy, Seuff. Bl. 64.

2. Der Sitz des Vereins ist vom Gesetze von der verfassungsmäßigen Regelung ausgeschlossen. Die Satzung kann wohl sagen: „Die Verwaltung wird in Weimar geführt". Dann gilt Weimar als Sitz des Vereins. Sie kann aber nicht sagen: „Die Verwaltung wird in Weimar geführt, als Sitz gilt Jena, nicht Weimar." — Die „Bestimmung" des § 24 kann nur aus dem Gesetz oder der Verfügung über die Rechtsfähigkeit hergeleitet werden. — Der Ort der Verwaltungsführung ist maßgebend für jeden Dritten, der sich darauf berufen will (z. B. als Erfüllungsort, Gerichtsstand). Der Dritte kann sich aber auch erfolgreich darauf berufen, wenn die Satzung einen anderen Ort wählt. Bülow, 23 ff. Vgl. dagegen die Lehrbücher und Kommentare zu § 24.

§ 25. In Ansehung der Verfassung rechtsfähiger Vereine ist zu unterscheiden zwischen Vereinen, welche die Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung (§ 22), durch Beschluß des Bundesraths (§ 23) oder durch Eintragung (§ 21) erlangt haben.

1. Die Verfassung der Vereine, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht (§ 22), richtet sich in erster Reihe nach den Vorschriften der Landesgesetze (EG. Art. 82) und zwar der Gesetze desjenigen Landes, in welchem der Verein seinen Sitz hat (§§ 22 S. 2, 24). Soweit landesrechtliche Vorschriften bestehen, finden sie ausschließlich, also auch vor den zwingenden Vorschriften des BGB. (§§ 25 ff., 40), Anwendung. Bestehen landesgesetzliche Vorschriften nicht, so bestimmt sich die Verfassung bundesstaatlich konzessionirter Vereine nach §§ 25 ff. BGB.

2. Bei Vereinen, deren Rechtsfähigkeit auf Beschluß des Bundesraths beruht (§ 23), bestimmt sich die Verfassung in erster Reihe nach den besonderen für die betreffenden Vereine erlassenen Reichsgesetzen und in Ermangelung solcher gleichfalls nach den Vorschriften der §§ 25 ff. BGB.

3. Die Verfassung eingetragener Vereine richtet sich ausschließlich nach den Bestimmungen der §§ 25 ff. BGB.

Diese Bestimmungen kommen hiernach für alle rechtsfähigen Vereine in Betracht: in Ermangelung besonderer landes- und reichsgesetzlicher Vorschriften (Nr. 1 und 2) bestimmt sich nach ihnen die Verfassung jedes rechtsfähigen Vereins, mag seine Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung, auf Beschluß des Bundesraths oder auf Eintragung beruhen. Goldmann-Lilienthal, **1** 72 ff.

§ 26. 1. Der Vorstand ist nicht gesetzlicher Vertreter, da der Verein selbst willens- und geschäftsfähig ist, aber er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters, die Rechte und Pflichten eines solchen; er hat den Verein in allen gerichtlichen und außergerichtlichen Angelegenheiten zu vertreten, die Rechtsgeschäfte des Vereins mit Dritten vorzunehmen, seine Prozesse zu führen u. s. w.; die Vorstandsmitglieder können aber in diesen Prozessen nicht Zeugen sein. **RG. 2** 400, **17** 467. Bendix, Privatr. 66 f.

2. a) Die juristische Person ist willens- und geschäftsunfähig. Ihre geschäftliche Thätigkeit wird durch fremdes Wollen bestimmt. Meurer 147. Ausführlich gegen die organische Theorie 156 ff.

b) Nach Schloßmann, Iherings J. **41** 289 ff., sind die „Organe" der juristischen Person nichts Anderes als Stellvertreter und nach den allgemeinen Grundsätzen von der Stellvertretung zu behandeln, soweit nicht für sie besondere Bestimmungen getroffen sind. Richtig bezeichnet und behandelt deshalb auch das BGB. in §§ 26, 30 (vgl. § 86) den Vorstand und die neben dem Vorstande bestellten besonderen Organe als Vertreter.

c) Der Rechtsbegriff des Organs ist von spezifischer Art und darf nicht mit dem individual-rechtlichen Begriffe der Stellvertretung zusammengeworfen werden. Gierke 26.

d) Die ganze Lehre von den „Organen“ der juristischen Person in ihrem Gegensatze zum Vertreter beruht auf einem ungesunden Mystizismus. Schloßmann, Organ und Stellvertreter, Iherings J. **44** 289 ff., 314.

Das Organ stimmt mit dem Vertreter sowohl in Bezug auf den Thatbestand wie auf Rechtswirkungen durchgängig überein (315). Die Organe der juristischen Person, die nach dem Gesetze berufen sind, für die juristische Person zu handeln, sind nichts Anderes als Vertreter und da, wo bei ihren für die juristische Person vorgenommenen Handlungen das Verhältniß ihrer selbst zu der juristischen Person in Betracht kommt, hat die Beurtheilung nach den allgemeinen Grundsätzen von der Vertretung zu erfolgen (321).

e) Gegen Schloßmann Preuß, Stellvertretung oder Organschaft? Iherings J. **44** 429 ff.

Die Handlung und Erklärung des Stellvertreters ist stets nur seine Handlung und Erklärung. Wo ihr die Vertretungswirkung versagt bleibt, erzeugt sie eventuell Rechtswirkungen für oder gegen den Handelnden und Erklärenden selbst, denn an sich sind die betreffenden Akte ebensowohl als Akte des Vertreters wie als solche des Vertretenen denkbar. Die Handlungen und Erklärungen der Organpersonen dagegen sind rechtlich nur denkbar, wenn sie zugleich Akte der Organperson und der Gesammtperson sind. Der Unterschied besteht darin, daß die Handlung des Stellvertreters niemals zugleich Handlung des Vertretenen sein kann, die Handlung der Organperson immer zugleich Handlung des Organismus sein muß (445).

Vertreter und Vertretene stehen einander als selbständige Individuen gegenüber, während die Organperson ein rechtlich organisatorischer Bestandtheil der Gesammtperson ist (454).

Die Gesamtperson muß Organperson und kann Stellvertreter, die Individualperson kann nur Stellvertreter haben (474).

3. a) Bei einem mehrgliedrigen Vorstande kann die Vertretungsmacht nicht mit Wirkung nach außen auf einzelne Vorstandsmitglieder unter vollständiger Ausschließung der übrigen von der Vertretung beschränkt werden. Eine dahingehende Eintragung in das Register ist unzulässig. Rospatt, DJZ. **00** 457. Ebenso Goldmann-Lilienthal **1** 76 Anm. 23. LG. Elberfeld, CBlFrG. **2** 727. A. M.: Levis, DJZ. **00** 249. Cosack **1** § 32 IV. 3a. Vgl. auch Lehmann, DJZ. **00** 527.

b) Das BGB. schreibt dem Vorstande der juristischen Person die Stellung eines gesetzlichen Vertreters zu. Die rechtliche Stellung und die Befugnisse eines gesetzlichen Vertreters werden aber nirgends näher bestimmt. Das BGB. setzt jedoch offenbar eine im Zweifel unbeschränkte Vollmacht des gesetzlichen Vertreters voraus. Schloßmann, Lehre v. d. Stellvertretung **2** 525 ff., Iherings J. **27** 57 ff.

4. Ueber die Legitimation des Vorstandes enthält das Gesetz, abgesehen von der Vorschrift des § 69, keine besonderen Bestimmungen. Daß diejenigen Personen, welche rechtsgeschäftliche Erklärungen abgegeben haben, zur Zeit der Abgabe der Erklärungen Vorstandsmitglieder waren, ist in jedem einzelnen Falle nachzuweisen. Einen Schutz des guten Glaubens kennt das Gesetz hier nicht. Wer mit früheren Mitgliedern des Vorstandes ein Rechtsgeschäft vorgenommen hat, kann sich nicht darauf berufen, daß ihm die anderweitige Zusammensetzung des Vorstandes unbekannt geblieben ist und daß seine Unkenntniß auch nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Ebensowenig schützt im Falle der Beschränkung des Um-

fanges der Vertretungsmacht durch die Satzung (§ 26 Abs. 2 S. 2) den Dritten sein guter Glaube, wenn der Vorstand ein unter die Beschränkung fallendes Rechtsgeschäft mit ihm vorgenommen hat. Das Geschäft ist, auch wenn der Dritte die Beschränkung ohne Fahrlässigkeit nicht kannte, für den Verein nicht wirksam (vgl. §§ 177—180). — Einige Abweichungen gelten für eingetragene Vereine in Anwendung derjenigen Thatbestände, deren Eintragung vorgeschrieben ist (§§ 64, 67). Goldmann-Lilienthal **1** 77. Vgl. hierzu Oberneck, Reichsgrundbuchrecht (2) 830 ff.

5. Das Fehlen eines Vorstandes bewirkt die vorübergehende Sistirung der Handlungsfähigkeit, nicht der Rechtsfähigkeit des Vereins. Alle Nachtheile der Nichtbefolgung der Mußvorschrift des § 26 treffen den Verein; insonderheit kommen ihm nicht die Ausnahmebestimmungen der §§ 206, 939 (Ruhen der Verjährung und Ersitzung) zu Gute. Kuhlenbeck 201. Goldmann-Lilienthal **1** 50 Anm. 15 a. E.

Wegen Stiftung s. zu § 86.

6. Der Vorstand kann auch aus Nichtmitgliedern des Vereins bestehen. Meurer 148 Anm. 2 gegen Hölder 141.

§ 27. 1. Ist die Widerruflichkeit (§ 27 Nr. 2 S. 2) durch die Satzung beschränkt, so würde der Widerruf ohne wichtigen Grund nicht zu berücksichtigen sein und die Stellung des Vorstandsmitglieds unberührt lassen. Bendix, Privatr. 67.

2. Das Rechtsverhältniß der Vorstände juristischer Personen, soweit es ihre Geschäftsführung betrifft, soll nach den §§ 664—670 (über den Auftrag) beurtheilt werden (§ 27 Abs. 3). Auf die Innenschutzvorschrift zu Gunsten des Beauftragten (§ 674) ist nicht verwiesen. Trotzdem ist die Vorschrift entsprechend anzuwenden. Rambohr, Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnißfähigkeit im BGB., Gruchots Beitr. **44** 691 Nr. 6, 693.

3. Nach Enneccerus-Lehmann **1** 95 ist dem Vorstande die Uebertragung seiner Obliegenheiten auf Dritte, abgesehen von besonderer Vorschrift der Satzung, nicht gestattet.

§ 28. Im Falle des § 28 Abs. 2 kommt, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntniß oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden (§ 166), die Person gerade des Vorstandsmitglieds in Betracht, demgegenüber die Willenserklärung abgegeben wird. Bendix, Privatr. 67. Ebenso Kuhlenbeck 205.

§ 29 findet auch auf die durch besondere Reichsgesetze geregelten rechtsfähigen Vereine Anwendung (vgl. oben vor § 21 Nr. 7).

Ein Betheiligter im Sinne des § 29 ist auch ein Gläubiger des Vereins. Ein dringender Fall liegt vor, wenn ein gegen den Verein erwirktes vollstreckbares Urtheil nicht vollstreckt werden kann, weil der Verein der geordneten Verwaltung entbehrt. KG. J. **23** A 111. Vgl. OLG. **4** 256.

§ 30. 1. Der in Gemäßheit des § 30 auf Grund der Satzung bestellte besondere Vertreter unterscheidet sich von dem seitens des Vorstandes bestellten Bevollmächtigten dadurch, daß die Vertretungsmacht des Letzteren durch Rechtsgeschäft ertheilt ist, während der Vertreter des § 30 innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises als gesetzlicher Vertreter gilt. Für diesen haftet der Verein nach den §§ 278, 31, für den durch den Vorstand Bevollmächtigten nach den §§ 278, 831. Goldmann-Lilienthal **1** 81. Vgl. **RG.** in JW. **00** 807 Nr. 9.

2. Der Geschäftskreis eines nach § 30 bestellten besonderen Vertreters muß bestimmt abgegrenzt sein. Zulässig ist, daß der Geschäftskreis eines solchen Ver-

treters einen derartigen Umfang hat, daß für den Vorstand nur ein geringer Geschäftskreis übrig bleibt. LG. Cassel CBlFrG. 2 172.

§ 31 (siehe auch unter § 89). 1. Gierke, Iherings J. **35** 217 ff., insbes. 221 f., 225, 229, 237: Entscheidend für die Willens- und Handlungsfähigkeit der Verbandspersonen ist der volle Durchbruch eines selbständigen Rechtsbegriffs des gemeinheitlichen Organs als des sichtbaren Werkzeugs der unsichtbaren Lebenseinheit des Gemeinwesens. — Zu sondern sind oberstes Willensbildungsorgan (Mitgliederversammlung oder eine sie ersetzende Repräsentantenversammlung) und Willensausführungsorgane: allein auch diese sind innerhalb des Zuständigkeitsbereichs in mannigfacher Abstufung zur körperschaftlichen Willensbildung durch Beschlüsse oder Entschlüsse berufen. — Ob eine Körperschaft etwas weiß oder nicht weiß, hängt von dem Wissen oder Nichtwissen ihrer Bewußtseinsorgane ab, die sich keineswegs immer mit ihren Willensorganen decken. — Schuldhaftes Verhalten der Willensorgane ist in Vertragsverhältnissen und außerkontraktlich eigenes Verschulden der Verbandsperson, — für Versehen von bloßen Stellvertretern oder Bevollmächtigten haftet sie nur wie für fremdes Verschulden, also nur unter Umständen: — auf diesem Wege hat schon die neuere Praxis zu einer gleichmäßigen Behandlung von Verbandspersonen und Einzelpersonen zu gelangen gesucht.

Oertmann, A.bürgR. **10** 192: Die schon mehrfach in der Literatur vertretene Unterscheidung zwischen Organen und bloßen Vertretern der juristischen Personen beruht auf einer durchaus gesunden Idee. In den ersteren wirkt und handelt die Gesammtheit ebenso wie der Einzelmensch durch die Glieder seines Leibes. Ihr Handeln berechtigt und verpflichtet danach die juristische Person unmittelbar und zwar auch deliktisch. Vgl. auch zu § 26 unter 2.

2. Stengel, Hirths Ann. **34** 482: Wer die Deliktsfähigkeit der juristischen Personen behauptet, der muß das Verschulden der Organe der juristischen Persönlichkeit, die den Willen derselben zum Ausdrucke bringen, als eigenes Verschulden der juristischen Person betrachten. Wer dagegen die Deliktsfähigkeit der juristischen Person bestreitet, kann, sofern die Haftung einer juristischen Person für das Verschulden ihrer Organe in Frage steht, eine solche Verantwortlichkeit lediglich vom Standpunkte der Haftung für fremdes Verschulden annehmen. Siehe auch unter 4.

Hartwig, Die Haftung juristischer Personen für Delikte. Dissert. **99**: § 31 statuirt die Deliktsfähigkeit juristischer Personen für das neue Recht. Sie ist ein Ausfluß der heute allgemein anerkannten Willens- und Handlungsfähigkeit juristischer Personen.

Die Lehre von der Deliktsfähigkeit der Körperschaften ist nicht etwa neues Recht: Das Mittelalter stand ganz auf diesem Standpunkte deutschrechtlicher Auffassung im Gegensatze zum römischen Rechte des corp. iur. civ., das die Deliktsfähigkeit j. P. strikt verneinte. Durch die Autorität Savigny's gelangte die Auffassung des römischen Rechtes lange Zeit zur fast alleinigen Geltung, mußte dann aber doch der gesunden deutschrechtlichen Auffassung (Gierke, Beseler) weichen. Das Dogma von der Deliktsfähigkeit j. P. ist heute unbestritten. Den Abschluß der neueren Rechtsentwickelung giebt der § 31.

Aus der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Personen für die Delikte ihrer Organe kann nicht eine Deliktsfähigkeit der juristischen Person gefolgert werden. Korn, Festgabe f. Wilke 179 ff.

Entbehren die juristischen Personen der Willens- und Handlungsfähigkeit, so sind sie auch nicht deliktsfähig. Meurer 178, 183. Dagegen ist die juristische Person nach Gierke 27 geschäfts- und deliktsfähig. Vgl. zu dieser Frage Krüger, Die Haftung der juristischen Personen aus unerlaubten Hand-

lungen; Klingmüller, die Haftung für Vereinsorgane nach § 31 BGB. 12; Rhomberg, körperschaftliches Verschulden 18.

Im Falle des § 31 haftet zwar eine Person, aber nicht für das Verschulden einer anderen Person, sondern für das Verschulden ihres Organs, also für eigenes Verschulden. Die Verantwortlichkeit des Vereins für fremdes Verschulden ist dieselbe wie die der Einzelperson, für das Verschulden ihres Organs haftet dagegen der Verein unbedingt, sofern die schädigende Handlung überhaupt geeignet ist, eine Ersatzpflicht zu begründen. Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem BGB. 13. Ebenso Blau, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden 4. A. M. Klingmüller DJZ. **02** 269 gegen RG. v. 27. 2. 00 und 26. 9. 99 in Gruchots Beitr. **44** 715 ff., 1025.

3. a) „Verfassungsmäßig berufener Vertreter" ist nicht mit „ständiger Vertreter" zu identifizieren. Verfassungsmäßig berufen sind nur die in der Satzung vorgesehenen Vertreter. Ebenso können unter den ihnen „zustehenden" Verrichtungen nur die satzungsgemäß zustehenden verstanden werden. Dies gilt auch von den Mitgliedern des Vorstandes, für deren Handlungen der Verein nur soweit unbedingt haftet, als die Uebertragung besonderer Verrichtungen an einzelne Vorstandsmitglieder durch die Satzung geschehen oder doch vorgesehen ist, nicht dagegen, wenn nur etwa der Vorstand selbst kraft seiner allgemeinen Gewalt eine Geschäftsvertheilung unter seinen Mitgliedern vorgenommen hat. Lenel, Zur Deliktshaftung der juristischen Personen. DJZ. **02** 10.

b) Als Vertretungsorgane wird man nur die als unbeaufsichtigte Geschäftsführer thätigen Personen ansehen können. Klingmüller, DJZ. **02** 172.

Nur die Vertreter kommen in Frage, die in einer nicht nur vorübergehenden Beziehung zu dem Organismus der juristischen Person stehen, denen verfassungsgemäß eine selbständige unbeaufsichtigte, für die Zwecke der Körperschaft erforderliche Geschäftsführung zusteht. Klingmüller, Die Haftung der Vereinsorgane nach § 31 BGB. 43. Vgl. auch Dock, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, A.öffR. **16** 259.

Verfassungsmäßig berufene Vertreter sind nur die Vertreter bei Rechtsgeschäften, also bei Aktiengesellschaften der Vorstand, unter Umständen der Aufsichtsrath und die Prokuristen, bei juristischen Personen des öffentlichen Rechtes nur die Verwaltungsspitzen. Kißkalt, DJZ. **02** 552.

Die juristische Person haftet nur für wirkliche Willensorgane. Zu diesen gehören Angestellte nicht schon deshalb, weil sie innerhalb ihres Wirkungskreises selbständige Entschließungen zu fassen haben und anderen Angestellten vorgesetzt sind. BayrObLG. **02** 291.

c) Bendix, Privatr. 70: Handeln die hier bezeichneten Vertretungsorgane außerhalb des bestimmten Amtskreises und ihrer funktionellen Stellung, so liegt ein fremdes Verschulden vor; das Nämliche gilt bei Schadenszufügungen durch solche unselbständige Angestellte, die nicht nur keine Willensorgane sind (RG. **19** 350), sondern auch zu anderen Beamten in einem Abhängigkeitsverhältnisse stehen, das eine Verantwortlichkeit für eine physische Person, wenn diese der Dienstherr wäre, nicht begründen würde (RG. **39** 186). In solchen Fällen wird eine Verpflichtung der juristischen Person nur nach allgemeinen Grundsätzen, z. B. wegen culpa in eligendo gemäß § 831 zu rechtfertigen sein.

d) Kuhlenbeck, Einf. 191: „In Ausübung der Verrichtung" erfordere die Feststellung eines indirekten juristischen Kausalzusammenhanges in dem Sinne, daß die fragliche Verrichtung als unerläßliche positive oder negative Vorbedingung der Möglichkeit des entstandenen Schadens zu denken sei, als eine unentbehrliche Prämisse eines juristischen Schlußurtheils, durch das die That in einen Kausalzusammenhang mit der funktionellen Stellung des Thäters für die juristische Person

gesetzt werde. In Ausübung der Verrichtung gelte jeder Schaden als verursacht, der ohne die Uebertragung der Verrichtung an diesen Thäter dem Dritten nicht hätte zugefügt werden können. „Bloß bei Gelegenheit" der Verrichtung verursacht sei der Schaden, dessen Zufügung in einer nur zufälligen räumlichen und zeitlichen Verknüpfung mit der Verrichtung stehe, den aber der Thäter, auch wenn er nicht mit der Verrichtung betraut wäre, sich jedoch zufällig zu dieser Zeit an diesem Orte befunden hätte, hätte anrichten können.

e) Brückner, R. 01 340: Die Haftpflicht der Vereine, der Stiftungen und der Körperschaften des öffentlichen Rechtes für die schadenstiftenden Handlungen ihrer Vorstände und Vorsteher besteht nicht nur in Vertragsverhältnissen, sondern übereinstimmend mit dem früheren Rechte auch außerhalb solcher mit der Maßgabe,

a) daß sie sich auf die vermögensrechtlichen Angelegenheiten der genannten juristischen Personen (im Gegensatze zu den öffentlich-rechtlichen) beschränkt,

b) daß die schadenstiftende Handlung von dem Vorstand oder einem verfassungsmäßig berufenen Vertreter des Vereins in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangen sein muß,

c) daß die schadenstiftende Handlung nicht nothwendig eine schuldhafte, sondern nur eine objektiv zum Schadensersatze verpflichtende zu sein braucht.

4. Cohn, Gruchots Beitr. 43 403: Der Verein haftet im Falle des § 31 immer für die Handlung eines Dritten, aber kraft eigener Verpflichtung. Daraus folgt, daß ihm Einwendungen aus § 254 in vollem Umfange zustehen müssen.

Im § 31 ist die Vertretung für eigene Schuld zum Ausdrucke gelangt, während die §§ 278, 831 von einer Haftung für fremde Schuld handeln. Rhomberg, Körperschaftliches Verschulden 102. Dagegen Meurer 183: Die juristische Person haftet nach § 31 für fremdes, nicht für eigenes Verschulden.

5. Die Schadensersatzpflicht aus § 31 erstreckt sich nicht nur auf unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff.), sondern auf alle zum Schadensersatze verpflichtenden Handlungen der Vertreter, mögen sie auf einem Verschulden beruhen oder nicht und mag der Schaden bei einem rechtsgeschäftlichen Handeln oder bei einer thatsächlichen Verrichtung entstanden sein. Erforderlich ist nur, daß die Handlnng des Vertreters in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangen ist (§§ 26 Abs. 2, 30, 48 Abs. 2). Liegt sie außerhalb des Geschäftskreises des Vertreters oder ist sie nicht in Ausführung der dem Vertreter zustehenden Verrichtungen, etwa nur bei Gelegenheit derselben, begangen, so tritt eine Haftung der juristischen Personen aus § 31 nicht ein. Goldmann-Lilienthal 1 81. Vgl. auch Lenel a. a. O. 10 f.

6. § 31 enthält keine Bestimmung, welche die Verfassung der juristischen Person betrifft. Art. 82 EG. findet daher auf die Haftung nicht Anwendung. Wie auch die Vertretung des Vereins geregelt sein mag, die juristische Person haftet für die Vertreter stets nach § 31. Goldmann-Lilienthal 1 80 Anm. 47.

7. Fuld, Seuff. Bl. 67 159: Vereine, welche der Rechtsfähigkeit entbehren, können nach § 31 BGB. nicht für den Schaden haftbar gemacht werden, der von ihren Organen in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen verursacht wird; § 31 enthält zwar keine Sondervorschrift, steht aber damit in untrennbarem Zusammenhange, daß der rechtsfähige Verein Organe besitzt, welche für ihn mit der Wirkung handeln können, daß er selbst nach außen als der Handelnde auftritt; bei den nicht rechtsfähigen ist dies nicht der Fall. Ob sich ein Gewohnheitsrecht bilden kann, welches die im § 31 anerkannte Haftung auch auf

Vereine ohne Rechtsfähigkeit erstreckt, ist zweifelhaft. Jedenfalls bedeutet die Unmöglichkeit, nicht rechtsfähige Vereine nach Maßgabe des § 31 heranzuziehen, eine Lücke in der Rechtsordnung, die um so empfindlicher sich geltend macht, als die meisten Vereine mit idealen Tendenzen der Rechtsfähigkeit entbehren.

OLG. **4** 201 (Stettin) u. R. **6** 179: Auf nicht rechtsfähige Vereine kann § 31 nicht Anwendung finden. Da auf diese gemäß § 54 BGB. die Vorschriften über die Gesellschaften Anwendung finden, so wird die Gesellschaft nach §§ 714, 715 BGB. nur durch Rechtsgeschäfte, nicht durch Delikte ihrer Vertreter verpflichtet. Soll also ein nicht rechtsfähiger Verein aus einer unerlaubten Handlung in Anspruch genommen werden, so müssen zum mindesten die Voraussetzungen des § 831 BGB. gegeben sein (vgl. Cosack **2** § 270, § 266; **RG.** R. **6** 556).

Vgl. auch unter § 54 Nr. 6.

§ 32. 1. Die Satzung kann von einer Mitgliederversammlung völlig absehen und die Ordnung aller Vereinsangelegenheiten einem anderen Organ übertragen (§§ 40, 32), z. B. dem Vorstand ausschließlich oder diesem in Gemeinschaft mit dem Aufsichtsrathe. Goldmann-Lilienthal, **1** 82. Ebenso Fischer-Henle, Anm. 6 zu § 32. A. M. Cosack **1** § 31 IV, 3a, Rehbein Anm. II, 4e 47.

2. a) Vorschriften über die Feststellung der Unwirksamkeit eines Beschlusses der Mitgliederversammlung enthält das Gesetz nicht. Unter den Voraussetzungen des § 256 CPO. ist eine Feststellungsklage der Mitglieder gegen den Verein zulässig. Goldmann-Lilienthal 84 Anm. 72.

b) Gesetze oder verfassungswidrige Beschlüsse eines Vereins können von den Interessenten in einer nach § 37 BGB. zu berufenden erneuten Mitgliederversammlung angegriffen und eventuell durch diese mittelst erneuten Beschlusses korrigiert werden. Ein gerichtliches Anfechtungsrecht besteht nicht. Der Verletzte kann gegen den Verein so auftreten wie gegen eine Privatperson, die ihn durch ihr vertrags- oder gesetzwidriges Verhalten beschädigt. Nur ist diese Klage keine Anfechtungsklage i. S. des HGB. § 271, sondern eine gewöhnliche Leistungsklage. Crome, Syst. **1** 247 f.

c) Vereinsbeschlüsse, die gegen das Gesetz oder gegen die Satzung verstoßen, wegen ihrer Gesetz- oder Satzungswidrigkeit durch Rechtsspruch für ungültig erklären zu lassen, ist ein Recht, welches nicht besonders ausgesprochen zu werden braucht und mittelst der Feststellungsklage (CPO. § 256) durchgesetzt werden kann. Gareis, Allg. Th. 50.

3. Ist in dem Statut eines Vereins vorgeschrieben, daß die Generalversammlung unter Angabe der Tagesordnung zu berufen ist, so sind die Generalversammlungsbeschlüsse ungültig, wenn die Ankündigung nicht die wesentlichen Punkte der Berathung und Beschlußfassung klar und bestimmt bezeichnet, so daß die Mitglieder sich auf den Gegenstand vorbereiten können. OLG. **01** 430 ff. (Celle).

4. In Vereinsangelegenheiten kann das Herkommen, die Observanz, als ergänzende oder abändernde Rechtsquelle in Betracht kommen: 1. wenn es wirkliches geltendes Gewohnheitsrecht geworden ist, ferner 2. insoweit es zur Auslegung des Willens der Betheiligten privatrechtlich nach § 134 u. A. zu berücksichtigen ist, und außerdem 3. bei solchen öffentlich-rechtlichen und landesgesetzlich geregelten Körperschaften, auf die sich das BGB. überhaupt nicht bezieht, z. B. auch solche des Wasser-, Forst-, Deich- und Sielrechts. Gareis, Allg. Th. 50.

§ 35. 1. Unter Sonderrechten sind nur solche Rechte zu verstehen, welche nicht auf der bloßen Mitgliedschaft, sondern auf einer dem betreffenden Mitglied

eingeräumten Sonderstellung gegenüber dem Vereine beruhen und sich von den Rechten der übrigen Mitglieder unterscheiden. Die Vereinsmitgliedschaft ist danach kein Sonderrecht. OLG. **2** 469 (Darmstadt). Ebenso Hölder, Anm. 3 zu § 35. Cosack **1** § 34, II 3. A. M. Planck, Anm. zu § 35. Vgl. **RG.** **33** 175 ff., JW. **01** 829 und OLG. Dresden, Sächs. Ann. **21** 141, auch Eck, Vortr. 63.

2. Welche Rechte Sonderrechte sind, d. h. Rechte, die dem Mitglied ohne seine Zustimmung nicht entzogen werden können (vgl. die zutreffenden Ausführungen von Staub, Anm. 8 zu § 250 HGB.), ist im einzelnen Falle durch Auslegnng des Beschlusses festzustellen, der dem Mitgliede die Sonderstellung einräumte. Demgemäß ist auch die Bemerkung von Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 35, richtig zu stellen, die Vorschrift des § 35 sei nicht zwingend. Ist bei Einräumung der Sonderstellung deren Beeinträchtigung ohne Zustimmung des Mitglieds vorbehalten, wie es möglich und zulässig ist, so liegt ein Sonderrecht im Sinne des § 35 nicht vor. Ist aber das Recht ein wahres Sonderrecht im Sinne des § 35, so kann die Satzung nicht bestimmen, daß es ohne Zustimmung des Mitglieds durch Beschluß der Mitgliederversammlung beeinträchtigt werden kann (§ 40). Vgl. Planck, Anm. zu § 35 a. E. Goldmann-Lilienthal **1** 84 Anm. 68.

3. Ein Sonderrecht im Sinne des Gesetzes ist begründet, wenn ein Mitglied an den Verein geringere Beiträge zu zahlen oder umgekehrt von dem Vereine größere Unterstützungen zu empfangen hat wie andere Mitglieder. (Vgl. Protok. d. 2. Komm. **1** 530, **RG.** **11** 269). Wie das **RG.** des Näheren darlegt, können deshalb die von dem Vereine zu zahlenden Unterstützungsbeiträge durch einen Beschluß der Generalversammlung nur in der Weise gekürzt werden, daß die Kürzung alle Mitglieder in gleichem Verhältnisse trifft. Dasselbe hat umgekehrt auch bei einer Erhöhung der von den Mitgliedern zu leistenden Beiträge zu gelten. OLG. Dresden, Sächs. Ann. **23** 466.

§ 37. 1. Der Antrag auf Einberufung der Mitgliederversammlung ist bei dem Vereine zu Händen des Vorstandes einzureichen. Th. Cohn, Handels- und Genossenschaftsrecht (2.) 415.

2. Die Meinung der Protokolle, daß das Gericht nicht zu prüfen habe, ob die Einberufung nach dem Statut oder durch das Vereinsinteresse geboten sei, sondern nur, ob die formalen Voraussetzungen vorlägen, sei im Gesetze nicht zum Ausdruck gekommen. Kuhlenbeck 209.

Riedel, Das BGB. in Vergleichung mit dem preuß. R. 129: Das Gericht könne trotz Erfüllung der formalen Voraussetzungen den Antrag ablehnen, wenn es Zweck und Begründung für ungenügend erachte. Ebenso Planck, Anm. 2 zu § 37. A. M. Goldmann-Lilienthal **1** 83 Anm. 64.

§ 38. 1. Die Unzulässigkeit der Begründung einer Vertretungsmacht beruht hier wie in anderen Fällen (BGB. §§ 267, 613, 664, 1307, 1317, 1336, 1358, 1437, 1595, 1748, 1872) darauf, daß das Wesen des Instituts persönliche Rechtsausübung fordert. Der Verwendung eines Vermittlers ohne Vertretungsmacht steht sie nicht im Wege. Monich, Willenserkl. 34.

2. § 38 Satz 2 findet z. B. auf die Ausübung des Stimmrechts in der Mitgliederversammlung Anwendung. Eine Vertretung ist hierbei in Ermangelung einer besonderen Bestimmung der Satzung nicht zulässig. Läßt die Satzung die Ausübung des Stimmrechts durch einen Anderen zu, so ist sie in ihren Bestimmungen an keine Beschränkung gebunden. Insbesondere kann sie auch die Ausübung durch Nichtmitglieder gestatten. Goldmann-Lilienthal **1** 83 unter 4, 85 Anm. 77.

§ 39. 1. Die nach den Statuten erfolgte Ausschließung eines Mitglieds ist der sachlichen Nachprüfung der Gerichte entzogen. Dem Gerichte muß zwar als einem zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung bestimmten staatlichen Organe das Recht zustehen, zu prüfen, ob bei Fassung eines Vereinsbeschlusses, durch welchen persönliche oder vermögensrechtliche Interessen eines Vereinsmitglieds berührt werden, die in den Satzungen für die Vorbereitung und das Zustandekommen des Beschlusses vorgeschriebenen Formen beobachtet worden sind. Dagegen hat sich diese richterliche Prüfung nicht auf die sachliche Begründetheit des Ausschließungsgrundes zu erstrecken, da eine solche Nachprüfung ein unberechtigter Eingriff in das den Korporationen eingeräumte Selbstbestimmungs- und Verwaltungsrecht enthalten würde und daher unzulässig ist. OLG. 2 459 (Darmst.), bestätigt in **RG. 49** 150 ff. Vgl. auch JW. **00** 417, Puchelts Z. **33** 70, OLG. **4** 418 (KG.), 419 (Braunschw.), **5** 14 (Hamburg), sowie Leist, Die Strafgewalt moderner Vereine, Schmollers J. **02** 67 ff.

2. Der Ausschluß von Mitgliedern war in den Statuten für zulässig erklärt, ohne daß die Gründe, aus denen die Ausschließung erfolgen könnte, oder das Verfahren der Ausschließung angegeben war. In solchem Falle hat die Generalversammlung durch Majoritätsbeschluß über die Ausschließung zu befinden. Die Ausschließung kann nur aus wichtigen Gründen erfolgen, deren Nachprüfung dem Gericht in der gegen den Vorstand gerichteten Klage des Ausgeschlossenen offen steht. OLG. Karlsruhe, Bad. Rechtspr. **01** 317.

3. Ein Mitglied kann durch Generalversammlungsbeschluß nicht mehr ausgeschlossen werden, nachdem eine vorherige Generalversammlung einen auf denselben Thatbestand gestützten Ausschließungsgrund abgelehnt hat. **RG. 51** 89.

4. Ein aus dem Verein ausgetretenes Vereinsmitglied kann nicht mehr auf Grund der Satzungen ausgeschlossen werden, weil es mit dem Austritt dem Machtbereich der Satzungen entrückt wird. **RG. 51** 66, JW. **02** Beil. 227.

§ 40. 1. Kuhlenbeck 208 meint, daß, soweit die Aenderung des Vereinszwecks von der Zustimmung aller Mitglieder abgelöst werde (§ 33 Abs. 1 Satz 2), ein redaktionelles Versehen vorliege, weil die Möglichkeit einer soweit gehenden Delegation der Befugnisse an den allgemeinen Grundsätzen der privatrechtlichen Willensdelegation scheitere. Niemand könne sich durch Beitritt zu einem Verein auf die Mitgliedschaft zu allen möglichen anderen Vereinen, in die sich der erste Verein umwandeln könnte, verpflichten. Wesentliche Aenderung des Vereinszwecks bedeute neue Vereinsbildung.

2. Wenn die Aufhebung von Vereinsbeschlüssen beantragt wird, so hat das Gericht zu prüfen, ob die in den Satzungen vorgeschriebenen Formen beobachtet sind, eine materielle Nachprüfung erscheint dagegen unzulässig, weil sie einen unberechtigten Eingriff in das den Korporationen eingeräumte Selbstbestimmungs- und Verwaltungsrecht enthalten würde. Die bei § 39 Nr. 1 angeführten Urtheile.

3. Eine persönliche Haftung der Mitglieder kann auch durch das Statut nicht begründet werden. Meurer 130 Anm. 1 gegen Rehbein **1** 51.

§ 41. 1. Hachenburg, Vortr. 208, sieht, entgegen dem Berichte der Reichstagskommission, in der Unterscheidung zwischen Auflösung des Vereins und Entziehung der Rechtsfähigkeit die Anerkennung, daß der Verein trotz der Entziehung der Rechtsfähigkeit, wenn auch ohne die Eigenschaft der Rechtsfähigkeit, immer noch bestehe.

2. Das BGB. unterscheidet zwischen Auflösung eines Vereins und Verlust bzw. Entziehung der Rechtsfähigkeit. Während die Auflösung die Existenz des Vereins vernichtet, so daß seine Rechtsfähigkeit nicht mehr in Frage kommen kann, lassen Verlust und Entziehung der Rechtsfähigkeit grund-

sätzlich die Existenz des Vereins unberührt. Der Verein hört, wenn ihm die Rechtsfähigkeit genommen wird, auf, ein rechtsfähiger Verein zu sein, er kann aber sehr wohl als nicht rechtsfähiger Verein fortbestehen. — Vom Verluste der Rechtsfähigkeit spricht das Gesetz in dem Falle, in dem der Verein in Folge der Konkurseröffnung ipso iure der Rechtsfähigkeit entkleidet wird (§ 42 Abs. 1), von Entziehung der Rechtsfähigkeit in den Fällen, in denen sie ihm durch einen behördlichen Akt genommen wird (§§ 43, 44, 73).

Goldmann-Lilienthal **1** 86, vgl. Meurer 288, 292 ff., 295: Zwischen dem rechtsfähigen Verein und dem nicht rechtsfähigen, dem die Rechtsfähigkeit entzogen ist, besteht Rechtskontinuität. Das Substrat ist geblieben, nur die Rechtsform hat gewechselt.

§ 42. 1. Die Rechtspersönlichkeit des Vereins dauert im Konkurse und für die Zwecke des Konkurses noch fort. Jaeger, KO. § 25 Anm. 9.

2. Die die Haftung für unerlaubte Handlungen ausschließenden subjektiven Eigenschaften (§§ 827 ff.) schließen auch die Haftung aus §§ 42, 53 aus. Neumann, Festgabe f. Wilke 216.

§ 43. 1. In dem in Abs. 1 genannten Fällen muß nicht nothwendiger Weise die Rechtsfähigkeit entzogen werden, sondern es ist nur in das pflichtmäßige Ermessen der zuständigen Behörde gestellt, ob sie das Verfahren auf Entziehung der Rechtsfähigkeit einleiten will. (Ebenso Gareis, Anm. 4 zu § 43, a. M. Planck **1** 25, Goldmann-Lilienthal **1** 89.)

Abs. 2 bezieht sich auf den Fall, daß der Verein entgegen seinem anfänglichen Zwecke den wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb zu seinem Hauptzwecke werden läßt.

Abs. 3. Eine sozialpolitische Thätigkeit ist nur in der Einwirkung eines Vereins auf die menschliche Gesellschaft oder Wirthschaft, soweit dadurch die Staats- oder Rechtsordnung beeinflußt werden soll, zu finden.

Ob neben der Entziehung der Rechtsfähigkeit auch die Auflösung des Vereins herbeigeführt werden kann oder soll, ist nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes zu entscheiden. Gerland, PreußVerwBl. **21** 13 ff.

2. Einem eingetragenen Vereine kann die Rechtsfähigkeit auch entzogen werden, wenn die Verwaltungsbehörde nach der Eintragung des Vereins in das Vereinsregister zu der Ueberzeugung gelangt, daß die Zwecke, welche der Verein vor der Eintragung verfolgt hat, sich als solche charakterisiren, die politischer, sozialpolitischer oder religiöser Natur sind. Hat also das Oberverwaltungsgericht entschieden, daß der Verein für Feuerbestattung einen politischen oder religiösen oder beide Zwecke verfolgt, so kann dem Vereine bei denjenigen Gerichten, in deren Bezirk er eingetragen ist, im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens die Rechtsfähigkeit entzogen werden. Th. Cohn, R. **01** 257 f.

3. Voraussetzung für die Entziehung ist, daß der Verein die satzungswidrigen Zwecke nach der Erlangung der Rechtsfähigkeit verfolgt. Mit vorher liegenden Handlungen kann die Entziehung nicht begründet werden. Ist ein Verein mit wirthschaftlichem Geschäftsbetrieb eingetragen, so hat er die Rechtsfähigkeit durch die Eintragung nicht erlangt, ihre Entziehung kann also nicht in Frage kommen; die entgegengesetzte Meinung von Endemann **1** § 46 Anm. 2 erscheint nicht begründet. Ist ein Verein eingetragen, der nach der Satzung nur gesellige Zwecke verfolgt, thatsächlich aber bis zur Eintragung politische Agitation getrieben hatte, so kann ihm die Rechtsfähigkeit nur entzogen werden, wenn er auch nach der Eintragung politische Zwecke verfolgt. Goldmann-Lilienthal **1** 88 Anm. 12.

4. Auch auf Grund des staatlichen Auflösungsrechts kann die Auflösung eines Vereins durch die Verwaltungsbehörden nur aus den Gründen des § 43 erfolgen. Ebenso gelten auch für jede staatliche Auflösung die Rechtskautelen des § 44.

Bezüglich des öffentlichen Landesrechts bleibt es trotz und auch wegen des Art. 54 EG. immer noch Auslegungsfrage, was außer Kraft gesetzt sei. Das öffentliche Vereinsrecht wollte der Gesetzgeber nicht unberührt lassen, er wollte vielmehr gerade die Aufhebung eingetragener Vereine und die Entziehung der Privatrechtsfähigkeit auf Rechtsgrundlagen stellen. Hatscheck, Auflösung und Entziehung der Privatrechtsfähigkeit eingetragener und konzessionirter Vereine, DJZ. **00** 492 ff.

§ 45. 1. Hachenburg, Vortr. 210, will den § 45 einengend auslegen; seine Folgen können nur eintreten, wenn die Existenz des Vereins als solchen aufhöre, nicht, wenn ihm zwar die Rechtsfähigkeit entzogen sei, er aber als nicht rechtsfähiger Verein fortbestehe. Vgl. dagegen Goldmann-Lilienthal **1** 90 unter 1.

2. In Bezug auf die Person des Anfallberechtigten ist die Satzung in keiner Weise beschränkt. Beispielsweise kann bestimmt werden, daß das Vermögen des Vereins im Falle der Entziehung der Rechtsfähigkeit dem fortbestehenden nicht rechtsfähigen Vereine verbleiben soll. Hier tritt der Unterschied zwischen Auflösung und Entziehung der Rechtsfähigkeit (s. zu § 41 Nr. 2) besonders klar hervor. Goldmann-Lilienthal **1** 90 Anm. 21.

3. Eine Bestimmung darüber, wem im Falle des § 42 Abs. 1 das Vereinsvermögen zufällt, enthält das Gesetz nicht. § 45 ist analog anzuwenden. Goldmann-Lilienthal **1** 91 Anm. 31. Vgl. Planck Anm. 2 zu § 42, Neumann Anm. 2 zu § 47.

§ 46. Eine Umschreibung im Grundbuch auf den Fiskus kann nur auf Grund eines Erbscheins nach § 36 GBO. erfolgen. Förster, Handb. des form. Grundbuchr. 139.

§ 47. Der Anfall des Vereinsvermögens ist Gesammtnachfolge. Das Vermögen „fällt“ an die betreffenden Personen ebenso wie an den Fiskus (§ 46) unmittelbar. Aber die Ausantwortung erfolgt erst nach Beendigung der Liquidation. Dem Quasi-Erben ist also die Verfügung über das angefallene Vermögen entzogen; die Liquidatoren sind zu seiner Vertretung allein befugt. Sie handeln in Vertretung des Vereinsvermögens, das eine Einheit bleibt und ein materiell selbständiges Sondervermögen des Vermögens-Uebernehmers darstellt. Hellwig, Anspruch und Klagerecht 228. Ebenso Hölder Anm. 2 zu § 45, Neumann Anm. 3 zu § 45, Leonhard § 43 II, Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit (2) 35, Goldmann-Lilienthal **1** 91 Anm. 28. Dagegen bedeutet nach Meurer 301 der Anfall nur einen obligatorischen Anspruch an den Verein. Ebenso Planck Anm. 2 zu § 53, Cosack **1** § 35 unter 3a, Eck 67.

§ 48. Vgl. KG. zu § 29.

§ 49. 1. Die Vertretungsmacht der Liquidatoren ist gesetzlich nur durch den Zweck der Liquidation beschränkt (§§ 48 Abs. 2, 26 Abs. 2). Sie wären daher auch ohne die Sondervorschrift des § 49 Abs. 1 Satz 2 zur Eingehung neuer Geschäfte berechtigt, soweit diese zum Zwecke der Liquidation geschlossen werden. Das Gesetz erfordert nicht, daß das neue Geschäft zur Beendigung eines schwebenden Geschäfts nothwendig ist. Die Liquidatoren handeln innerhalb ihrer Vertretungsmacht, wenn sie das neue Geschäft thatsächlich zur Beendigung eines schwebenden eingehen. Kauft z. B. ein Liquidator ein Nachbargrundstück, um das Grundstück des Vereins, das bisher schwer verkäuflich gewesen ist, leichter verkaufen zu können, so ist der Kauf wirksam. Der Dritte ist nicht immer in der Lage, mit Sicherheit festzustellen, ob das neue Geschäft zur Beendigung eines schwebenden Geschäfts eingegangen wird. Zu seinen Gunsten gilt diese Voraussetzung als vorliegend, wenn er bei der Vornahme des neuen Geschäfts den Mangel der Voraussetzung nicht kannte und seine Unkenntniß auch

nicht auf Fahrlässigkeit beruhte. Vgl. Prot. VI 136 ff., Planck Anm. 1 zu § 49, Staub Anm. 15 zu § 149 HGB., ROHG. **21** 308. — Die Beweislast dafür, daß die Liquidatoren nicht innerhalb der ihnen zustehenden Vertretungsmacht gehandelt haben, also auch dafür, daß ein neues Geschäft nicht zur Beendigung eines schwebenden Geschäfts eingegangen ist, trifft denjenigen, welcher die Ausnahme von der Regel, daß die Liquidatoren die gesetzlichen Vertreter des Vereins sind, behauptet. Dies ergiebt sich aus der Fassung des § 48 Abs. 2 („soweit sich nicht . . . ein Anderes ergiebt"; vgl. Planck **1** 46 Nr. 6, 45 Nr. 4). Durch die Deklaration der Vorschrift des § 48 Abs. 2 im § 49 Abs. 1 Satz 2 wird hieran nichts geändert. A. M. Neumann Anm. 2 zu § 49, Staub Anm. 17 zu § 149 HGB.; für das bisherige Recht vgl. RG. **4** 61 ff., 66. Goldmann-Lilienthal **1** 93 Anm. 39.

2. § 49 Abs. 2 besagt nur, daß das früher dem Vereinszwecke gewidmete Vermögen eine Einheit bleibt und ein Sondervermögen des Vermögensübernehmers darstellt. Hellwig, Anspruch und Klagerecht 228.

§ 51. 1. Hellwig, Verträge 393, läßt denjenigen, an welchen das Vermögen des aufgelösten Vereins fällt, direkt für die Vereinsschulden haften, da diese auf dem übernommenen Vermögen haften (analog § 419).

2. Eine Vorschrift, daß die Anfallberechtigten für die Schulden des Vereins haften, enthält das BGB. nicht. Aus dem Anfalle des Vermögens folgt die Haftung nicht, da hierunter nur das Aktivvermögen zu verstehen ist. Diejenigen Gläubiger, welche bis zur Ausantwortung des Vermögens nicht bekannt geworden sind, können gegen die Anfallberechtigten Ansprüche aus der ungerechtfertigten Bereicherung geltend machen. Goldmann-Lilienthal **1** 94 und 115 Anm. 5. Vgl. Cosack **1** § 35 unter 3a, Leonhard § 43 III, Crome § 54 Anm. 14, Planck Anm. 3 zu § 53.

§ 52. Nach dem Wortlaute des § 52 Abs. 1 soll die Verpflichtung zur Hinterlegung nur bestehen, wenn ein bekannter Gläubiger sich nicht gemeldet hat. Man wird jedoch die Vorschrift analog anwenden müssen, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung bezüglich eines Gläubigers vorhanden ist, der sich gemeldet hat. Anderenfalls würden die sich meldenden Gläubiger schlechter stehen als diejenigen, welche die Anmeldung unterlassen. — Eine Verpflichtung, die Gläubiger gleichmäßig zu befriedigen, ist den Liquidatoren durch das Gesetz nicht auferlegt. Sie folgt auch nicht daraus, daß die Liquidatoren im Falle der Ueberschuldung die Konkurseröffnung zu beantragen haben (§ 42 Abs. 2, vgl. Staub Anm. 6 zu § 301 HGB.). Steht die Ueberschuldung fest, so dürfen danach die Liquidatoren keinen Gläubiger mehr befriedigen. Solange die Ueberschuldung nicht feststeht, ist ihre Verpflichtung zur Befriedigung der Gläubiger keine andere als die des Vereins war. Vgl. Pinner Anm. II zu § 301 HGB. Goldmann-Lilienthal **1** 94 Anm. 45.

§ 54. 1. a) Die nicht rechtsfähigen Vereine unterscheiden sich von der Gesellschaft durch ihre korporative Organisation, sie sind aber ebenfalls keine selbständigen Rechtssubjekte und deshalb auch nicht der Vorschrift des § 31 unterworfen. Indessen kann auch der nicht rechtsfähige Verein verklagt und das Konkursverfahren über sein Vermögen bei Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung gemäß §§ 207, 208, 213 KO. eingeleitet werden; für den Rechtsstreit wird ihm die Stellung eines rechtsfähigen Vereins mit der Befugniß zur Erhebung einer Widerklage sowie einer Widerspruchsklage aus § 767 CPO. und zur Wiederaufnahme des Verfahrens gemaß §§ 578 ff. CPO. gewährt und die Zwangsvollstreckung in das Vereinsvermögen durch § 735 CPO. aus Urtheilen gegen ihn zugelassen. Bendix, Privatr. 60 f.

b) Nach Hachenburg 480 unterscheidet sich der nicht rechtsfähige Verein von dem rechtsfähigen „nur durch diese eine Eigenschaft, die Rechtsfähigkeit“.

c) Vgl. Meurer 65 ff. Nach ihm liegt ein Verein vor, wenn feststeht, daß die drei Voraussetzungen des Mitgliederwechsels, der Organisation und der Vorstandschaft nicht kraft vertragsmäßigen Ausnahmerechts, sondern als etwas natürliches gegeben sind (69).

d) Der Unterschied zwischen einer Gesellschaft und einem Verein ergiebt sich lediglich aus der Absicht der zusammentretenden Personen. Bülow, Vereinsr. 6.

e) Der begriffliche Unterschied zwischen den Vereinen und der Gesellschaft ist darin zu suchen, daß die Mitglieder eines Vereins nicht die Absicht haben, zu einander in ein gegenseitiges Vertragsverhältniß zu treten, wie dies bei der Gesellschaft der Fall ist. Boethke, Gruchots Beitr. **46** 702.

f) Daß auch das BGB. den nicht rechtsfähigen Verein trotz seiner Unterstellung unter das Gesellschaftsrecht als Verein und nicht als Gesellschaft ansieht, kann sowohl nach der Stellung des § 54 wie nach der Terminologie des Gesetzes nicht zweifelhaft sein. Die entgegengesetzte Ansicht (vgl. insbes. Staub, Exkurs zu § 342 Anm. 84 HGB.) ist nicht haltbar. Das Gesetz kann wohl bestimmen, daß auf einen Verein die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung finden sollen, aber es kann nicht eine Vereinigung, die thatsächlich ein Verein ist, zu einer Gesellschaft machen. Goldmann-Lilienthal **1** 96 Anm. 4. Vgl. auch Meurer 58 ff., Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB. 19, Nagler, Die gesammte Hand im Gesellschaftsrechte, SächsA. **10** 728.

2. Es ist nicht erforderlich, aber üblich, daß ein nicht rechtsfähiger Verein organisirt oder mit Satzungen versehen ist. Vgl. auch Delius, Das Recht der geschlossenen Gesellschaften, PreußVerwA. **7** 349 ff. Gerland, PreußVerwBl. **21** 13 ff.

3. Hierher gehören die Revisionsverbände, die nach dem Genossenschaftsgesetze vom 1. 5. 1889 von Genossenschaften gebildet sind, falls sie sich nicht als eingetragene Vereine konstituiren. Auf sie finden dann die §§ 705 ff. BGB. Anwendung, wobei im Statut insbesondere § 736 zu berücksichtigen sein wird. Die Verbände haben nicht die aktive Parteifähigkeit (§§ 50, 735 CPO.), wohl aber können sie verklagt werden und ist die Zwangsvollstreckung in das Vermögen aus einem gegen den Verband ergangenen Urtheile zulässig. Für die das Grundeigenthum betreffenden Rechtsverhältnisse vgl. § 48 GBO. Vgl. Crüger, Bl. f. Genossenschaftsw. **98** Nr. 44.

4. a) Die Anpassung des Gesellschaftsrechts an die Bedürfnisse des nicht rechtsfähigen Vereins behandeln in ausführlicher Weise Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte (2), Planck zu § 54, Staudinger, Zur Rechtsnatur der nicht rechtsfähigen Vereine im BGB., DJZ. **00** 375 ff., Goldmann-Lilienthal **1** 95 ff. Vgl. auch Neumann zu § 54 und Eck, Vortr. 83 ff. Nach Knoke, das Recht der Gesellschaft nach dem BGB., muß man die Vereine trotz der Vorschrift des § 54 von der Geltung des Gesellschaftsrechts emanzipiren.

b) Soll ein nicht rechtsfähiger Verein trotz des (auf Kündigung beruhenden) Austritts eines Mitgliedes fortgesetzt werden, so setzt dies gemäß § 736 BGB. eine ausdrückliche Festsetzung im Gesellschaftsvertrage voraus, da anderenfalls der Verein durch den Austritt aufgelöst wird.

Der dem ausgetretenen Mitgliede zustehende Abrechnungsanspruch kann von ihm nur gegen die früheren Vereinsgenossen, nicht gegen den neuen Verein gerichtet werden, den die nicht ausgetretenen Mitglieder mit anderen Personen, wenn auch als Fortsetzung des früheren Vereins, gebildet haben. OLG. 5 380 (Hamburg).

5. Der Umfang des Vereinsvermögens ist beschränkt durch die Vorschrift des § 718. Das Vereinsvermögen kann sich nur zusammensetzen aus den Beiträgen der Mitglieder, den durch die Geschäftsführung erworbenen Gegenständen und dem, was auf Grund eines zu dem Vereinsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Vereinsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird. In anderer Weise kann Vermögen für den Verein nicht erworben werden. Hieraus folgt insbesondere, daß ein nicht rechtsfähiger Verein nicht erbfähig ist. Goldmann-Lilienthal **1** 97. Ebenso Rehbein **1** 44, Staudinger a. a. O. 377, Josef, Letztwillige Zuwendungen an Vereine ohne Rechtsfähigkeit, A.bürgR. **20** 229 ff. A. M. Eck, Vortr. 80 Anm. 2, Gierke a. a. O. 15 Anm. 21, Staudinger-Löwenfeld Anm. VI 3 zu § 54 159 ff., Meurer 56.

6. Eck, Vortr. 84, Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit (2) 19 Anm. 29 und Goldmann-Lilienthal **1** 98 lehnen die Anwendung des § 31 auf nicht rechtsfähige Vereine ab. Ebenso OLG. **4** 201 (Stettin). Siehe auch unter § 31 Nr. 7. A. M. Hachenburg 487.

7. a) Die Frage, ob die Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins ihre persönliche Haftung allgemein durch Beschränkung der Vollmacht des Vorstandes ausschließen können, wird von Planck Anm. 2 h zu § 54, Neumann Anm. 3 a zu § 54, Oertmann 2 unter 6 und Anm. 4 zu § 714, Crome **1** § 55 unter 4, Dernburg **2** § 4 unter II 2 b, Gierke a. a. O. 39, Enneccerus-Lehmann **1** 108, Meurer 138, Goldmann-Lilienthal 100 f., Endemann (8) **1** § 46 Anm. 16, Nagler, SächsA. **10** 742 bejaht; von Rehbein Anm. II 2 c zu § 54, Hachenburg 477, Eck 84 f., Cosack **2** § 266 unter III 4 a, Staudinger, DJZ. **00** 377, Abrahamsohn, Die Schuldenhaftung der nichtrechtsfähigen Vereine 84, Fritz Cohn, Die Schuldenhaftung des nichtrechtsfähigen Vereins nach gem. Recht und BGB., verneint.

b) Gierke a. a. O. nimmt an, daß die Einschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes regelmäßig als gewollt erhellen wird. „Was sich aus dem Zwecke der Vereinigung, aus der Gesammthaltung der Satzung und aus dem bei gleichartigen Vereinen üblichen als gewollt ergiebt, ist als vereinbart anzusehen" (10). Ebenso Goldmann-Lilienthal **1** 101, Enneccerus-Lehmann **1** 108.

c) Für alle Vereinsschulden, die nicht durch Rechtsgeschäft begründet sind, haften die Mitglieder nach allgemeinen Grundsätzen, also in der Regel auch mit ihrem ganzen Vermögen. Goldmann-Lilienthal **1** 102.

Nach Abrahamsohn, Die Schuldenhaftung d. nicht rechtsf. Vereine 79 f. richtet sich die Haftung der Mitglieder in diesem Falle nach § 420 BGB. Vgl. aber hierzu Goldmann-Lilienthal a. a. O.

d) Die neu eintretenden Mitglieder eines Vereins haften auf Grund des § 419 BGB. Hellwig 387. A. M. Neumann, zu § 54 Note 3 c. Vgl. Goldmann-Lilienthal **1** 102.

Aus dem gesetzlichen Begriffe des Gesellschaftsvermögens und aus dessen ganzer Struktur folgt, daß beim Eintritt eines neuen Mitglieds von Rechtswegen ein Antheil den bisherigen Mitgliedern abwachsen und auf das neue Mitglied die Mitträgerschaft aller zum Vereinsvermögen gehörigen einzelnen Rechte ohne besondere Uebertragungshandlung übergehen muß. Gierke a. a. O. 24 f.

8. a) Gierke a. a. O. 45 (vgl. auch Hellwig, Anspruch und Klagerecht 296, Endemann **1** § 46 Anm. 19) spricht die Hoffnung aus, daß die Gerichte auch unter der Herrschaft des neuen Rechtes den nicht rechtsfähigen Vereinen die aktive Parteifähigkeit verschaffen werden. Ein gesetzliches Verbot stehe nicht entgegen. Auch könne hier die Bildung eines gemeinen Gewohnheitsrechts bedeutungsvoll werden. Hiergegen bemerken Goldmann-Lilienthal **1** 103 Anm. 42: Alle-

dem steht die klare Vorschrift des § 50 Abs. 1 CPO. entgegen: Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist. Daß der nicht rechtsfähige Verein rechtsfähig ist, wird Niemand behaupten wollen. Wenn die Gerichte nicht im Stande sind, dem nicht rechtsfähigen Vereine die Rechtsfähigkeit zu verschaffen, so können sie ihm danach auch nicht die Parteifähigkeit verschaffen. Durch ein Gewohnheitsrecht kann die Bestimmung der CPO. nicht geändert werden. Vgl. auch Staudinger, DJZ. **00** 378; Meurer 194.

b) Die Klage gegen einen nichtsrechtsfähigen Verein ist gegen die Gesammtheit, vertreten durch den Vorstand, zu richten. OLG. Naumburg Seuff. A., 3. F., 2 265.

c) Nach Gierke a. a. O. 42 Anm. 74a können in Prozessen gegen den nicht rechtsfähigen Verein dessen Mitglieder als Zeugen vernommen werden. Ebenso Meurer 193.

d) Ein nicht rechtsfähiger Verein kann als Beklagter einen Prozeßvergleich eingehen. Ein solcher Vergleich hat die Wirkung eines formgerecht gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrags. Dronke, Buschs Z. **30** 63.

e) Die im Laufe des Rechtsstreits eingetretene Auflösung des nicht rechtsfähigen Vereins ist auf seine Parteifähigkeit einflußlos. OLG. **4** 202 (Dresden). A. M. Oberst.LG. München, R. **5** 120.

f) Dem Gläubiger eines nicht rechtsfähigen Vereins, der auf Grund eines gegen diesen ergangenen vollstreckbaren Urtheils einen Anspruch des Vereins gegen dessen Schuldner pfänden und sich zur Einziehung hat überweisen lassen, kann, wenn er gegen den Drittschuldner auf Zahlung der überwiesenen Forderung klagt, der Einwand der mangelnden Aktivlegitimation aus dem Grunde, daß der Verein keine juristische Person sei und deswegen auch kein Recht gegen den Drittschuldner habe erwerben können, nicht entgegengesetzt werden. OLG. Celle, R. **7** 16 Nr. 3. Vgl. Goldmann-Lilienthal **1** 103 Anm. 40.

9. Auch bei nicht rechtsfähigen Vereinen ist der Richter zur Nachprüfung der materiellen Voraussetzungen für die satzungsgemäß zulässige Ausschließung eines Mitglieds nicht befugt. OLG. **4** 420.

10. a) Ist ein nicht eingetragener Verein vor dem 1. Januar 1900 parteifähig gewesen, so können Mängel gegen die aktive Parteifähigkeit in einem vor dem 1. Januar 1900 erhobenen Prozesse jedenfalls dann nicht geltend gemacht werden, wenn der Verein im Laufe des nach dem 1. Januar 1900 schwebenden Prozesses durch Eintragung aktive Parteifähigkeit erlangt hat. So KG., KGBl. **00** 99.

Auch ohne solche spätere Eintragung bleibt die Parteifähigkeit bestehen. **RG.** SächsA. **10** 602. Vgl. **RG.** DJZ. **00** 307 (27), OLG. **4** 202 (Dresden).

Seit dem 1. 1 1900 können die vorher ins Leben getretenen Vereine, die weder unter der Herrschaft des BGB. Rechtsfähigkeit noch vorher durch Verleihung die Rechte einer juristischen Person erlangt haben, zur Prozeßführung als Kläger unter dem Namen des Vereins und vertreten durch den Vorstand nicht mehr zugelassen werden. OLG. Rostock, MecklZ. **19** 95, OLG. Dresden SächsA. **11** 243.

b) Auf die vor dem 1. 1. 1900 vorhandenen nicht rechtsfähigen Vereine finden jedenfalls, soweit es sich um das Verhältniß des Vereins zu den Vereinsgenossen (das innere Verhältniß) handelt, die Vorschriften des bisherigen Landesrechts Anwendung. **RG.** **51** 160. JW. **02** Beil. S. 225.

11. a) Ueber § 54 S. 2 siehe Nußbaum, Beitr. z. Auslegung des § 54 S. 2 im SächsA. **10** 340 ff. Nach Nußbaum ist die Haftung des Handelnden im Verhältnisse zu der des Vereins nicht als eine gesammtschuldnerische anzusehen, sondern nach Analogie der Bürgschaft zu beurtheilen; doch steht dem Handelnden die Einrede der Vorausklage nicht zu. Vgl. Meurer 172.

b) Die Haftung des Handelnden aus § 54 S. 2 tritt auch dann ein, wenn

der Dritte wußte oder wissen mußte, daß er es mit dem Vertreter eines nicht rechtsfähigen Vereins zu thun habe. **RG.** Gruchots Beitr. **46** 848.

12. Erlangt ein nicht rechtsfähiger Verein die Rechtsfähigkeit, so wird er dadurch von der Haftung für die Schulden nicht befreit. Es tritt nur an Stelle der Haftung zur gesammten Hand die Haftung der Gesammtpersönlichkeit des Vereins. Hahn, DJZ. **02** 504. Vgl. Neumann, DJZ. **02** 292. OLG. **2** 462 (Hamburg).

2. Eingetragene Vereine.

§ 55. Ein Zwang zur Eintragung eines Vereins mit idealen Tendenzen findet seitens des Registerrichters nicht statt. Th. Cohn, Handels- u. Genossenschaftsrecht (2) 415.

§ 56. 1. Das Wort soll läßt allerdings den Zweifel zu, ob die Eintragung bei weniger als sieben Mitgliedern erfolgen darf. Dem Sprachgebrauche des BGB. gemäß wird man aber annehmen müssen, daß die Eintragung eines Vereins mit weniger als sieben Mitgliedern nicht als nichtig anzusehen ist, weil, wenn dies hätte der Fall sein sollen, das Wort muß oder ein entsprechendes gebraucht worden wäre, wie z. B. ist im § 60, hat in den §§ 61 und 62. Gerland, PreußVerwBl. **2** 13 ff. Vgl. Goldmann-Lilienthal **1** 62 Anm. 7.

2. Kolligs zweifelt, ob die sog. Zentralvereine, welche als Mitglieder nicht natürliche Personen sondern Vereine haben, als eingetragene Vereine begründet werden können. DJZ. **97** 319. S. dagegen Francke, Seuff. Bl. **64** 385 und Staudinger, ebenda 387. Vgl. auch Neumann, Anm. 5 zu § 21 und DJZ. **02** 98. Eck, Vortr. 78. Goldmann-Lilienthal **1** 61 Anm. 5.

3. Nach Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit (2) 70, kann auch ein nicht rechtsfähiger Verein Mitglied eines eingetragenen Vereins sein.

§ 57. 1. Nicht bloß die eingetragenen Vereine, sondern alle juristischen Personen nehmen am Namenschutze des § 12 BGB. Theil. Der Erwerb eines solchen sicherungsberechtigten Personennamens vollzieht sich im Augenblicke der Entstehung des neuen Rechtssubjekts. Aenderungen des einmal erworbenen Namens sind rechtlich möglich, werden indeß praktisch selten sein. Eine Vergleichung des Namenrechts der juristischen Personen mit den fünf Grundsätzen des Firmenrechts ergiebt folgendes Resultat: In völlig gleicher Weise gelten bei beiden die Grundsätze der Wahrheit, der Ausschließlichkeit mit der Einschränkung der Lokalisirung auf einen bestimmten Ort, und der freien Wahl; der Grundsatz der Eintragungspflicht ist beschränkt auf Firmen und eingetragene Vereine; der Grundsatz der Uebertragbarkeit endlich greift ausschließlich bei Firmen Platz. Bei alledem ist nicht zu verkennen, daß es positive Gesetzesvorschriften über den Erwerb, Verlust und die Aenderung der Benennungen juristischer Personen nicht giebt, die obigen Konsequenzen ergeben sich aber aus der Natur der Sache. Ramdohr, Gruchot Beitr. **43** 43 ff. Vgl. hierzu Goldmann-Lilienthal **1** 62 Anm. 10. Bülow 20 ff.

2. Die Satzung muß die im § 57 vorgesehenen Angaben enthalten, von diesen ist also die Rechtswirksamkeit der Eintragung abhängig, nicht aber ist dies der Fall bezüglich einer unrichtigen Namensbezeichnung, da sich der Name des Vereins von denen bereits bestehender Vereine nur deutlich unterscheiden soll. Daß die Satzung die im § 58 erwähnten Angaben enthalten soll, ist ebenfalls nur Sollvorschrift; ihr Mangel macht also die Eintragung nicht rechtsunwirksam, es kommen beim Vorhandensein solcher Mängel die allgemeinen Bestimmungen über Vereine zur Anwendung. Da die Satzung eines „eingetragenen Vereins" der Anmeldung in Urschrift und Abschrift beigefügt werden muß, so ist für diese Vereine entgegen dem Inhalte des § 25 BGB. Schriftlichkeit der

Satzung unbedingtes Erforderniß. Die Unterzeichnung der Satzung durch weniger als sieben Mitglieder macht wiederum die Eintragung nicht rechtsunwirksam, weil diese Unterzeichnung nur stattfinden soll. Gerland, PreußVerwBl. **21** 13 ff.

§ 58. Nicht erforderlich ist, daß die Satzung selbst genaue Vorschriften über die Art und die Höhe der von den Mitgliedern zu zahlenden Beiträge enthält. Es genügt die Bestimmung, daß die Mitglieder diejenigen Beiträge zu zahlen haben, welche jeweilig von der Mitgliederversammlung beschlossen werden. LG. Bautzen SächsA. **10** 381.

§ 59. 1. Die Anmeldung zum Vereinsregister hat von sämmtlichen satzungsgemäß zu bestellenden Vorstandsmitgliedern zu erfolgen. OLG. **1** 380 (KG.).

2. Da kein Verein verpflichtet ist, die Erlangung der Rechtsfähigkeit nachzusuchen, so besteht auch eine Verpflichtung zur Stellung des Antrags auf Eintragung nicht. Hieraus folgt ferner, daß der Antrag, solange die Eintragung nicht erfolgt ist, jeder Zeit zurückgenommen werden kann, und daß durch eine ohne Anmeldung erfolgte Eintragung die Rechtsfähigkeit nicht erlangt werden kann. Die Rechtsfähigkeit kann dem Vereine nicht aufgezwungen werden. Goldmann-Liliental **1** 63 f. Ebenso Hölder, Vorbem. vor § 55 und Anm. 1 zu § 59; Rehbein, Anm. 4 zu §§ 55 ff. A. M. Planck zu § 59.

3. Hachenburg, Vortr. 483, giebt eine Klage gegen den Mitgründer eines einzutragenden Vereins auf Vollziehung der Satzung zwecks Stellung des Eintragungsantrags.

4. Ueber das Verfahren bei der Eintragung siehe auch Nußbaum im CBlFrG. **2** 621 ff.

§ 60. 1. a) Die Prüfungspflicht des Registerrichters hat hier eine erschöpfende Regelung nicht gefunden. Entzogen ist ihr unzweifelhaft die Frage, ob der Verein verboten werden kann und ob er einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt. Die Entscheidung hierüber steht nach § 61 der Verwaltungsbehörde zu. Aber andererseits hat sich die Prüfung des Gerichts nicht nur auf die formellen in § 60 Abs. 1 erwähnten, theils zwingenden, theils instruktionellen Erfordernisse der §§ 56 ff. zu beschränken, sondern auch auf die materiellen Voraussetzungen der Eintragung sich zu erstrecken, z. B. darauf, ob der Zweck des Vereins ein idealer, nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteter ist (§ 21), ob der Inhalt der Satzung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt (§§ 134, 138), ob Art. 84 EG. Platz greift. Bendix, DJZ. **01** 328. Ebenso Goldmann-Lilienthal **1** 64. Vgl. auch Th. Cohn, Handels- und Genossenschaftsrecht (2.) 410.

b) Der Registerrichter darf gegenüber der Anmeldung seine Prüfung nicht auf das Vorliegen der Formalerfordernisse der §§ 56 ff. beschränken, sondern muß sie auch auf das materielle Erforderniß der Eintragungsfähigkeit von Vereinen — insbesondere auf das Nichtvorliegen eines auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Vereinszwecks — erstrecken. **RG. 47** 386. KG. Jahrb. **20** A 8.

2. Auch bei Zurückweisung der Anmeldung eines Vereins aus materiellen Gründen ist die sofortige Beschwerde nach der CPO. und nicht die Beschwerde nach dem Reichsges. über die freiw. Gerichtsbark. gegeben. **RG. 47** 386. KG. Jahrb. **20** A 8 und in Gruchots Beitr. **44** 893. Ebenso Nöldecke, CBlFrG. **1** 647 ff., Bendix, DJZ. **01** 329, Goldmann-Lilienthal **1** 65 Anm. 31. A. M. Frantz, CBlFrG. **1** 483 ff. Heine, R. **01** 118 u. 140. Meyerhof, ebenda 170.

3. Eine weitere Beschwerde ist nur gegeben, wenn in der Entscheidung des Landgerichts ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist. KG. Jahrb. **20** A 8.

§ 61. 1. Die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde entscheidet sich nach Landesrecht. Ob Einspruch erhoben werden soll, richtet sich nach dem freien pflichtmäßigen Ermessen der Verwaltungsbehörde. Zur Begründung des Einspruchs genügt es nicht, daß nur zu besorgen ist, der Verein werde das Gemeinwohl, die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten gefährden, falls diese Gründe nicht etwa nach öffentlichem Rechte den Verein zu einem verbotenen machen oder sein Verbot rechtfertigen. Die, natürlich nicht bloß mittelbare, Verfolgung politischer, sozialpolitischer oder religiöser Zwecke braucht nicht in der Satzung vorgesehen zu sein, um den Einspruch zu rechtfertigen, es genügt dazu, daß diese Zwecke thatsächlich verfolgt werden. Gerland, PreußVerwBl. **21** 13 ff. Vgl. hierzu Goldmann-Lilienthal **1** 67 unter β.

2. Politische Vereine. Endemann, Einl. 211 und Riedel a. a. O. 93 ff. lassen das Landesrecht entscheiden.

Endemann formulirt im Uebrigen in Anknüpfung an höchstrichterliche Judikatur, daß Einwirkung auf politische Angelegenheiten, d. h. solche, welche unmittelbar den Staat, seine Gesetzgebung oder Verwaltung berühren, in dem Sinne bezweckt werden müsse, daß die Organe des Staates, die Gesetzgebung oder Verwaltung in Bewegung gesetzt werden sollen.

Kuhlenbeck a. a. O. 199. Politisch heißen alle Angelegenheiten, welche Organe und Funktionen des Staates in Bewegung zu setzen geeignet sind.

Planck zu § 61. Vereine, welche in irgend einer Weise auf die öffentlichen Angelegenheiten einzuwirken bezwecken.

Enneccerus-Lehmann **1** 90. Einen politischen Zweck verfolgt der Verein, wenn er das Verhalten des Staates oder der Menschen in staatlichen Angelegenheiten beeinflussen will.

Nach Gareis, Allg. Th. 57 ist nicht jede öffentliche Angelegenheit eine politische, sondern nur eine auf die Verfassung oder die hoheitsrechtliche Verwaltung des Staates und seiner organischen Theile bezügliche.

Nach Goldmann-Lilienthal **1** 66 ist der Zweck eines Vereins ein politischer, wenn er auf Fragen der praktischen Politik, — im Gegensatze zur theoretischen Politik, der Staatswissenschaft — gerichtet ist, d. h. wenn der Verein eine Einwirkung auf die Angelegenheiten des Staates (seine Einrichtungen, seine Verfassung, Verwaltung, Gesetzgebung), auf das Verhalten des Einzelnen zum Staate und auf die Beziehungen der Staaten unter einander bezweckt. Gleichgültig ist dabei, auf welchem Gebiete des staatlichen Lebens der Verein sich bethätigen, ob er z. B. auf die allgemeine Staatsverwaltung oder auf die Verwaltung einer Provinz oder einer Kommune (so auch OVerwG. **39** 444) einwirken will, ob er eine Aenderung des Reichstagswahlrechts oder eine Einwirkung auf die Handels-, Agrar- oder Sozialpolitik oder die auswärtige Politik des Reichs bezweckt.

Zeller, VerwA. **6** 42 ff. Ein politischer Verein ist jeder Verein, welcher absichtlich und bewußt in seinen Verhandlungen die Erörterung politischer Fragen bezweckt. Es ist nicht erforderlich, daß schon eine Versammlung des Vereins stattgefunden hat und in derselben thatsächlich politische Gegenstände erörtert worden sind. Ein Verein, der im Allgemeinen nicht jenen Zweck hat, tritt mit dem Augenblicke, wo er im einzelnen Falle eine solche Einwirkung auf politische Gegenstände beschließt und ausübt, in die Kategorie der politischen Vereine. „Bezwecken" hat dieselbe Bedeutung wie „beabsichtigen"; alles, was ein Verein als solcher thut, ist als von ihm bezweckt anzusehen; . . . aus einer thatsächlichen Einwirkung im einzelnen Falle kann gefolgert werden, daß der Verein eventuell von nun an solche Einwirkung bezweckt.

Nach dem Oberverwaltungsgericht ist die Verfolgung eines politischen

Zweckes im Sinne des § 61 Abs. 2 bei einem Vereine, dessen Bestrebungen auf Beeinflussung der Gesetzgebung oder Verwaltung des Staates gerichtet ist, jedenfalls zu bejahen. Deshalb ist in dem Urtheile vom 1. 3. 01 ein Verein, der nach seinen Satzungen die Zulassung der fakultativen Feuerbestattung, also einen Akt der Gesetzgebung oder der Verwaltung, bezweckt, für einen solchen erklärt worden, der einen politischen Zweck verfolgt. OVerwG. **39** 446 ff.

3. Sozialpolitische Vereine. Eck, Vortr. 17: Vereine, welche die Verbesserung der Gesellschafts- und Wirthschaftsordnung durch das Mittel der Aenderung der Staats- und Rechtsordnung bezwecken.

Felisch, DJZ. **97** 18: Vereine, welche gesellschaftliche Zwecke unter gleichzeitiger Beeinflussung öffentlicher Angelegenheiten verfolgen.

Riedel 95 sieht in den sozialpolitischen Vereinen eine Unterart der politischen Vereine, insofern als sie sich nur auf einem beschränkten Gebiete, nämlich auf dem des gewerblichen Lebens bewegen und lediglich materiell wirthschaftliche Verhältnisse einzelner Berufsstände betreffen.

Planck zu § 61. Vereine, welche auf die öffentlichen Angelegenheiten und zwar speziell auf die sozialen Fragen des öffentlichen Lebens einzuwirken bezwecken (Unterart der politischen Vereine).

Kuhlenbeck a. a. O. 199. Sozialpolitisch eine Unterart des Politischen; Vereine, welche sich auf die materiell-wirthschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse einzelner Berufsstände und Bevölkerungsklassen an sich, zu einander und zum Ganzen beziehen.

Goldmann-Lilienthal **1** 66. Der Zweck muß ein sozialpolitischer sein, d. h. der Verein muß eine Einwirkung auf das Verhalten des Staates oder des Einzelnen zum Staate in sozialen Fragen bezwecken. Ein Fachverein der Schlosser, der außer der Fortbildung seiner Mitglieder in den Fachkenntnissen die Erzielung besserer Arbeitsbedingungen für dieselben durch Verhandlungen mit den Arbeitgebern, durch Fernhalten auswärtiger Arbeiter, durch Arbeitseinstellungen bezweckt, verfolgt ebensowenig politische Zwecke, wie ein Verband von Fabrikanten, der für seine Mitglieder günstigere Bedingungen durch Heranziehung fremder Arbeiter, Arbeiteraussperrungen oder dergleichen erzielen will. Die Zwecke dieser Vereine sind auf das Verhalten der Einzelnen zu einander gerichtet. Erst wenn sie eine Einwirkung auf die Gesetzgebung — z. B. die gesetzliche Einführung eines Maximalarbeitstags, des Verbots der Kinderarbeit, der Bestrafung der Arbeitseinstellung ohne die gesetzlich oder vertragsmäßig erforderliche Kündigung — oder auf das Verhalten der staatlichen Organe zu ihren Bestrebungen (Arbeitseinstellungen, Arbeitsaussperrungen) bezwecken, werden sie zu sozialpolitischen Vereinen im Sinne des § 61 Abs. 2. Ebenso Crome § 502 c. A. M. Hölder Anm. 2 β, der „sozialpolitischen Zweck" für gleichbedeutend mit „sozialem Zwecke" erklärt.

Zeller, VerwA. **6** 45. Auch bei der sozialpolitischen Tendenz eines Vereins wird erfordert, daß er auf die öffentlichen Angelegenheiten und zwar speziell auf die sozialen Fragen des öffentlichen Lebens einzuwirken bezweckt. Ein Verein, der lediglich soziale Zwecke verfolgt, z. B. für bessere Ernährung und Wohnung der Arbeiterklasse wirkt, verfolgt keinen sozialpolitischen Zweck; ebensowenig ein Verein, der durch die Besprechung sozialpolitischer Fragen die Anschauungen seiner Mitglieder aufzuklären bezweckt. — Dagegen ist z. B. jeder Verein, der auf die soziale Gesetzgebung und auf die Handhabung der sozialen Gesetze von Seiten der Verwaltungsbehörden einwirken will, ein Verein, der einen sozialpolitischen Zweck verfolgt. Zeller, VerwA. **6** 45.

Crüger, Bl. f. Genossenschaftsw. **98** Nr. 44. Auch die nach dem Genossenschaftsgesetze vom 1. 5. 1889 konstituirten Revisionsverbände der Ge-

nossenschaften können die Rechtsfähigkeit erlangen, denn ihr Zweck ist nicht sozialpolitisch im Sinne des § 61 Abs. 2. Die Verbände müssen dann aber sorgfältig vermeiden, sich mit sozialpolitischen Aufgaben zu beschäftigen oder wirthschaftliche Zwecke zu verfolgen, da ihnen sonst die Rechtsfähigkeit entzogen werden kann.

4. Religiöse Vereine. Planck zu § 61. Auf eine religionspolitische Einwirkung nach Außen komme es nicht an; auch Vereine, die lediglich die religiöse Belehrung und Erbauung ihrer Mitmenschen zum Zwecke haben, fallen unter § 61. Vgl. auch Hölder Anm. 27 zu § 61 und Goldmann-Lilienthal **1** 67.

Irgend ein Zusammenhang der Bestrebungen des Vereins mit der Religion macht den Verein noch nicht zu einem solchen, der einen religiösen Zweck verfolgt. Die Feuerbestattung ist keine religiöse Handlung. ObVerwG. **39** 448 ff.

5. Daß die Satzung des Vereins die Bethätigung politischer Tendenzen ausdrücklich für ausgeschlossen erklärt, ist ohne Bedeutung, wenn es im Widerspruche mit der politischen Natur des in der Satzung selbst bestimmten Vereinszwecks steht. ObVerwG. **39** 448.

§ 62. 1. Da der Verein während des Verwaltungsstreitverfahrens noch keine Rechtsfähigkeit und folgeweise auch keine Parteifähigkeit besitzt (vgl. § 21 BGB., § 50 CPO.), so müssen die einzelnen Vorstandsmitglieder, welche die Klage unterschreiben, als Kläger betrachtet werden. Auch wenn ein Rechtsmittel nur von einem Kläger eingelegt ist, kommt dies doch bei der Nothwendigkeit der Streitgenossenschaft den übrigen Mitklägern zu Statten. Vgl. § 62 CPO. ObVerwG. **39** 441.

2. Bei den Verhandlungen ist nur zu prüfen, ob der Einspruch formell richtig erhoben ist und ob die zu seiner Begründung erforderlichen Thatsachen wirklich vorliegen. Ob es angemessen ist, den Einspruch zu erheben, unterliegt nicht der richterlichen Nachprüfung. Gerland, PreußVerwBl. **21** 13 ff. Ebenso ObVerwG. **39** 442 ff., 449.

3. Der Einspruch ist dem Vorstande des Vereins seinem Wortlaute nach, allermindestens aber seinem wesentlichen Inhalte nach, also insbesondere auch mit der von der Verwaltungsbehörde beigefügten Begründung, mitzutheilen; es genügt nicht die bloße Mittheilung, daß die Verwaltungsbehörde Einspruch erhoben habe. LG. Plauen, SächsA. **11** 515.

§ 63. Die sechswöchige Frist ist keine Präklusivfrist. Th. Cohn, Handels- und Genossenschaftsrecht (2.) 416. Ebenso Rehbein Anm. 3 zu § 55 ff., Hölder Anm. 1 zu § 63, Leonhard § 37 VI, Neumann zu § 63, Kuhlenbeck Anm. 1 zu § 63, Goldmann-Lilienthal **1** 67 Anm. 43. A. M. Fischer-Henle Anm. 2 zu § 63.

§ 66. 1. Es muß Alles bekannt gemacht werden, was einzutragen ist, auch das, was abgeändert wird. Die Veröffentlichung der Bekanntmachung ist von Amtswegen durch das Gericht zu bewirken. Die Publikation muß getreu die Eintragung wiedergeben. Bei Widersprüchen zwischen beiden ist eine gehörige Bekanntmachung nicht erfolgt. Eine unerhebliche, als solche erkennbare Ungenauigkeit ist bedeutungslos. Für Versehen haftet der Registerrichter.

Die Veröffentlichung der Eintragung in mehr als einem Blatte macht den Registerrichter wegen unnöthiger Insertionskosten regreßpflichtig. Th. Cohn a. a. O. 401, 402.

2. Dem Gesetze wird genügt, wenn nur die Thatsache der Eintragung unter Bezeichnung des Vereins und seines Sitzes veröffentlicht wird, ohne daß es einer Angabe des weiteren Inhalts der Eintragung bedarf. Verf. d. OLG.-Präs. zu Köln, CBlFrG. **1** 864.

§ 67. 1. Abberufene oder ausgeschiedene Vorstandsmitglieder haben bei der Anmeldung des Ausscheidens nicht mitzuwirken. Th. Cohn a. a. O. 418.

2. Die Anmeldung einer Aenderung des Vorstandes muß von allen Vorstandsmitgliedern bewirkt werden ohne Rücksicht auf eine etwaige abweichende Bestimmung der Satzung. KG. Jahrb. **21** A 271 und CBlFrG. 2 387.

§ 68. 1. Die Wirkungen des Registerschutzes haben zur Folge, daß der eingetragene Inhalt, soweit er die Rechtsverhältnisse des Vorstandes betrifft, als unverändert zu gelten hat, nicht wie im Grundstücksrechte, daß der gesammte Registerinhalt als richtig und vollständig anzusehen sei. Das Register gewährt keine Sicherheit dafür, daß die eingetragenen Rechtsverhältnisse fehlerlos entstanden, sondern nur dafür, daß, wenn dies der Fall war, sie sich inzwischen nicht geändert haben. Rambohr, Gruchots Beitr. **44** 810.

2. Nach den Bestimmungen des § 68 könnte es scheinen, als ob der Verkehr mit rechtsfähigen Vereinen besondere Gefahren in sich schließe. Insbesondere wird der Dritte selten mit einer jeden Zweifel ausschließenden Bestimmtheit feststellen können, ob die Bestellung der Personen, die sich als Vorstandsmitglieder ausweisen, auch in Wahrheit wirksam erfolgt ist. Die Gefahren sind aber hier nicht größer als im Verkehre mit natürlichen Personen. Auch eine natürliche Person kann sich fälschlich für einen Anderen ausgeben, sie kann in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sein, ohne daß es dem Dritten bekannt ist und dergl. — In Ansehung der Beschränkung der Vertretungsmacht ist zu beachten, daß sie nur durch die Satzung erfolgen kann (§ 26 Abs. 2 Satz 2). Man wird sich also durch Einsicht der Satzung und bei konzessionirten Vereinen durch Anfrage bei der zuständigen Behörde (§§ 22, 33 Abs. 2), bei eingetragenen Vereinen durch Einsicht des Registers (§ 71) regelmäßig genügend unterrichten können. Goldmann-Lilienthal **1** 78 Anm. 32.

§ 69. Die Bedeutung dieser Vorschrift ist, abgesehen vom Prozesse (CPO. § 56 Abs. 1), eine geringe. Sie besteht darin, daß Behörden die Legitimation der Vorstandsmitglieder durch das Zeugniß als geführt ansehen können. Sie können aber auch einen weiteren Nachweis verlangen (so zutreffend Rausnitz Anm. 10 zu § 162 RFG.). Die Grundsätze über den guten Glauben (vgl. z. B. §§ 2368 Abs. 3, 2365 ff.) kommen für das Zeugniß des § 69 nicht zur Anwendung. Privatpersonen gegenüber gilt die Vorschrift nicht. Diese müssen sich den Nachweis führen lassen, daß die als Vorstandsmitglieder Auftretenden als solche wirksam bestellt sind. Außerdem gilt § 68. Goldmann-Lilienthal **1** 70 Anm. 57.

§ 71. 1. Ueber Prüfung von Satzungsänderungen seitens des Registerrichters s. Th. Cohn a. a. O. 416.

2. Gegen die Ablehnung der beantragten Eintragung von Aenderungen der Satzung in das Vereinsregister ist nur die sofortige Beschwerde gegeben. Oberst.LG. München. Seuff. A. **56** 81 Nr. 45.

§ 73. Wenn der Verein während der Beschwerdefrist sich wieder auf 3 Mitglieder ergänzt, so ist der Entziehungsbeschluß auf Beschwerde aufzuheben. Hachenburg 480.

§ 75. Einzutragen ist nicht die Auflösung, sondern daß das Konkursverfahren eröffnet ist. Th. Cohn a. a. O. 424. Vgl. Goldmann-Lilienthal **1** 88 Anm. 8.

§ 76. 1. Die Bestimmung des § 68 ist auch auf Liquidatoren anzuwenden, obwohl es an einer bezüglichen Vorschrift fehlt. Rambohr, Gruchots Beitr. **44** 809.

2. Nach Hölder (Anm. 2 zu § 76) bedarf es im Falle der Liquidation durch den Vorstand (§ 48 Abs. 1 Satz 1) der Eintragung der bisherigen Vor-

standsmitglieder als Liquidatoren nicht. Vgl. dagegen Goldmann-Lilienthal **1** 92 Anm. 34.

§ 77. 1. Anmeldungen zum Vereinsregister, die nach dem BGB. vom Vorstande zu bewirken sind, müssen ohne Rücksicht auf eine etwaige abweichende Bestimmung der Satzung von allen Vorstandsmitgliedern bewirkt werden. KG. Jahrb. **21** 271 A. Vgl. Nr. 2 zu § 67. A. M. Lehmann, DJZ. **00** 527.

§ 79. Das Recht der Einsichtnahme in das Vereinsregister gewährt auch die Befugniß, sich aus dem Vereinsregister Auszüge und Abschriften nach freiem Ermessen zu fertigen. Die gleiche Befugniß besteht auch bezüglich der zum Vereinsregister vom Verein eingereichten Schriftstücke. Th. Cohn a. a. O. 400 f.

II. Stiftungen.

§ 80. 1. Von der rechtsfähigen ist die im BGB. nicht besonders geregelte unselbständige, fiduziarische Stiftung zu unterscheiden, die an eine bereits vorhandene Person (Körperschaft, Anstalt, rechtsfähige Stiftung, jeweiligen Inhaber eines Amtes) sich anlehnt. Nach Alfred Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerl. Recht 32 ff. hat diese Person hier an dem Stiftungsgut Eigenthum zu treuer Hand im deutschrechtlichen Sinne, d. h. mit dinglicher Zweckbeschränkung in Gestalt einer Resolutivbedingung (vgl. zu §§ 164 ff.). Vgl. hierzu Goldmann-Lilienthal **1** 105.

2. Auch die Stiftung bildet ein wirkliches, neues Rechtssubjekt, dessen Vermögensfähigkeit, Selbständigkeit und Verantwortlichkeit für seine Vertretungsorgane ausdrücklich anerkannt ist; sie hat die Aufgabe, den ihr gesetzten Zweck mit dem ihr zugewendeten Vermögen zu verfolgen und zu erreichen; um eine subjektlose Vermögensverwaltung handelt es sich hierbei nicht. Bendix, Privatr. 61.

3. Nach Kuhlenbeck a. a. O. 250 ff. ist Vermögen ein integrirendes Begriffsmoment der Stiftung. Ebenso Planck Anm. 2 zu § 81, Rehbein Anm. 1 zu §§ 80 ff., Gareis Anm. 7 zu § 80, Meurer 243 ff., Endemann **1** § 40 unter 2. A. M. Hölder Anm. 4 zu § 80, Enneccerus-Lehmann **1** 110, Leonhard § 38 IV, Goldmann-Lilienthal **1** 106 Anm. 6.

4. Habe der Stifter selbst die Anordnung einer besonderen Verwaltung unterlassen, so sei als präsumtiver Wille des Stifters anzunehmen, daß der Staat oder die Gemeinde eine Verwaltung einsetze und insofern das Stiftungsgeschäft ergänze (vgl. **RG. 19** Nr. 49). Kuhlenbeck 251. Vgl. auch Hölder, Anm. 1 zu § 85, Rehbein Anm. 3a zu §§ 80 ff., Goldmann-Liliental **1** 106 Anm. 12.

5. Ob die Genehmigung zu ertheilen ist, unterliegt dem freien Ermessen der Behörde. Goldmann-Lilienthal **1** 109c.

6. Formelle oder materielle Mängel des Stiftungsgeschäfts werden durch die Genehmigung der Stiftung, welche nur deklaratorische Bedeutung hat, nicht geheilt; trotz dieser Genehmigung kann die Errichtung der Stiftung nichtig oder anfechtbar sein (**RG. 5** 141). Das Stiftungsgeschäft unter Lebenden trägt trotz **RG. 5** 143 ff. keinen vertragsmäßigen Charakter, da die Erklärung des Stifters einerseits der Annahme nicht bedarf, andererseits die Genehmigung, welche nicht nothwendig dem Stifter gegenüber zu erklären ist, gar nicht als Annahme gelten kann. Die vertragsmäßige Verpflichtung, eine Stiftung zu errichten, ist von der Errichtung selbst wesentlich verschieden. Bendix, Privatr. 64. Vgl. auch Kuhlenbeck 255, Goldmann-Lilienthal **1** 107 Anm. 15.

7. Es ist zu beachten, daß Stiftungsgeschäft und Genehmigung zwei selbständige Voraussetzungen für die Entstehung der rechtsfähigen Stiftung sind, daß

also nicht das Stiftungsgeschäft zu seiner Wirksamkeit, sondern die Stiftung zur Erlangung der Rechtsfähigkeit der Genehmigung bedarf. Mit den Prot. I 592 und Planck Anm. 4 zu § 81 davon zu sprechen, daß die Wirksamkeit des Stiftungsgeschäfts von dem Hinzutritte der staatlichen Genehmigung abhängt, ist irreführend. Dies würde dahin führen, dem Stiftungsgeschäfte die Wirksamkeit zu versagen, wenn der Stifter vor Ertheilung der Genehmigung geschäftsunfähig wird oder stirbt, selbst wenn er das Genehmigungsgesuch bereits eingereicht hatte. (§ 130 Abs. 3 findet nicht Anwendung, da es sich nicht um eine einer Behörde gegenüber abzugebende Willenserklärung handelt.) Ebenso Enneccerus-Lehmann **1** 111. Vgl. dagegen Planck Anm. 1 zu § 81. Die Genehmigung setzt ein bereits wirksames Stiftungsgeschäft voraus. Goldmann-Lilienthal **1** 107 Anm. 13.

8. Eine Familienstiftung im Sinne des Art. 1 preuß. AG. z. BGB. liegt auch dann vor, wenn in der Stiftungsurkunde für den Fall des Aussterbens der zunächst berechtigten Familie Bestimmungen über anderweite Verwendung der Einkünfte der Stiftung getroffen sind.

Eine solche successive Stiftung bedarf als Familienstiftung der Genehmigung des Amtsgerichts — als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit —, nach Art. 1 AG. und nach Art. 4 der preuß. Verordn. v. 16. 11. 1899 der Königlichen Genehmigung, soweit sie über den Rahmen der Familienstiftung hinausgeht.

Nach Ertheilung der amtsgerichtlichen Genehmigung hat das Amtsgericht dem Nachlaßgericht unter Mittheilung des Beschlusses Nachricht zu geben, damit dieses eventuell nach § 83 BGB. für Einholung der Königlichen Genehmigung Fürsorge trifft.

Bei der gemischten Familienstiftung, bei welcher schon bei Bestehen der Familie die Erträge des Stiftungskapitals nicht bloß Familienmitgliedern, sondern auch anderen Personen zugewendet werden, ist eine Familienstiftung i. S. des Art. 1 AG. überhaupt nicht vorhanden. KG. Jahrb. **21** A 214.

Zur Genehmigung einer Familienstiftung in Preußen ist regelmäßig das Amtsgericht zuständig, selbst dann, wenn in der Stiftungsurkunde das Landgericht oder das Oberlandesgericht zur Beaufsichtigung ausdrücklich berufen ist. Die Zuständigkeit des Amtsgericht fällt erst fort, wenn der Justizminister einem anderen Gerichte die Beaufsichtigung übertragen hat. So KG., KGBl. **02** 19.

9. Den vom Staate in gehöriger Form sanktionirten Stiftungen des früheren Rechtes verbleibt die juristische Persönlichkeit auch nach der bestehenden Gesetzgebung. CBlFrG. **1** 229.

§ 81. 1. Das Stiftungsgeschäft ist wirksam, d. h. es ist im Stande, in Verbindung mit der staatlichen Genehmigung die rechtsfähige Stiftung zur Entstehung zu bringen, sobald es in der vorgeschriebenen Form erklärt ist. Dagegen ist das Stiftungsgeschäft unter Lebenden erst bindend, wenn die zur Entstehung der Stiftung erforderliche Genehmigung ertheilt ist. Bis dahin ist der Stifter zum Widerrufe berechtigt und zwar auch dann, wenn das Stiftungsgeschäft in einem Vertrag enthalten ist. Goldmann-Lilienthal **1** 107 und Anm. 14. Vgl. hierzu Meurer 255.

2. Nach Meurer 270 verliert jedes Stiftungsgeschäft mit der Versagung der staatlichen Genehmigung seine Wirksamkeit. Ebenso Rehbein Anm. 3b zu §§ 80 ff. A. M. Planck Anm. 7 zu § 81, Kuhlenbeck Anm. 8 zu § 84, Hölder Anm. 4 zu § 81, Goldmann-Lilienthal **1** 111 Anm. 34.

§ 82. 1. Aus § 82 Satz 2 ist zu entnehmen, daß das Stiftungsgeschäft unter Lebenden auch im Sinne der §§ 1153, 1154 BGB., 26 GBO. die Abtretungserklärung des Stifters ersetzt, so daß der Vorstand die Umschreibung von Briefhypotheken auf die Stiftung beantragen kann, wenn er den Brief und das

Stiftungsgeschäft vorlegt. Förster, Handb. d. form. Grundbuchr. 139. A. M. Goldmann-Lilienthal **1** 109 Anm. 28, weil zur Uebertragung von Hypotheken der Abtretungsvertrag nicht genügt.

2. Auch während der Widerrufszeit haftet der Stifter nach den Haftungsgrundsätzen der Schenkung. Meurer 277, Hölder Anm. 2 zu § 81, Endemann **1** 216, vgl. dagegen Planck Anm. 3 zu § 82, Goldmann-Lilienthal **1** 109 Anm. 30.

§ 83. Die Genehmigung kann wirksam nur ertheilt werden, wenn ihre Ertheilung von dem Stifter oder einer sonst zuständigen Person oder Behörde nachgesucht wird oder wenn sie wenigstens mit deren Einwilligung erfolgt. Schreibt dies das Gesetz auch nicht ausdrücklich vor, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß die in erster Reihe auf dem Willen des Stifters beruhende Stiftung nicht ohne oder gar gegen dessen Willen zur Entstehung gelangen kann. Goldmann-Lilienthal **1** 108, b. Ebenso Planck Anm. 6 zu § 81, Hölder Anm. 1 zu § 81, Fischer-Henle Anm. 3 zu § 81, Meurer 256, 268. A. M. Kuhlenbeck Anm. 4 zu § 80.

2. Ist in einer Verfügung von Todeswegen die Stiftung dem Erben auferlegt, so ist das Stiftungsgeschäft ein solches unter Lebenden. Götze, Die Stellung der Stiftungen im heutigen Rechte, PreußVerwBl. **21** 310.

§ 85. Die gerichtliche Beaufsichtigung einer Stiftung widerspricht nicht dem BGB. OLG. Stuttg. JFrG. in Württ. **00** 129.

§ 86. 1. Kuhlenbeck 258 f. findet in der Stiftung (im Gegensatze zum Vereine) während der Vakanz ihres Vorstandes eine geschäftsunfähige Person i. S. der §§ 206, 939 BGB. Vgl. hierzu oben zu § 26 Nr. 5.

2. Die Stiftung hat, anders als der Verein, keine Mitglieder. Diejenigen, für welche die Stiftung etwa bestimmt ist, haben daher an sich weder einen Antheil an der Verwaltung noch ein Recht zum Genusse der Stiftung. Jedoch können durch das Stiftungsgeschäft Rechte Dritter bezüglich der Verwaltung und des Genusses des Stiftungsvermögens begründet werden. Solche Rechte auf den Genuß des Stiftungsvermögens sind aber keine Mitglieds-, sondern Gläubigerrechte. Goldmann-Lilienthal **1** 112, vgl. Cosack **1** § 36 unter 4. Dagegen sind nach Meurer 31 ff., 41 diejenigen, welchen das Stiftungsvermögen gewidmet ist, dessen Eigenthümer (s. oben vor § 21 Nr. 2 b).

§ 87. Kuhlenbeck 262 sieht in dem Verluste des Stiftungsvermögens einen ipso iure wirkenden Grund des Unterganges der Stiftung. A. M. Planck Anm. 2 zu § 81. Siehe auch oben zu § 80 Nr. 3.

§ 88. Der § 88 enthält keine Vorschrift darüber, an wen das Vermögen einer erloschenen Stiftung fallen soll, wenn die Verfassung den Anfallberechtigten nicht bestimmt. § 45 Abs. 3 ist im § 88 nicht für anwendbar erklärt. In Preußen ist durch die Vorschrift des Art. 5 § 2 AG. Vorsorge getroffen. Wo es aber an einer landesgesetzlichen Bestimmung fehlt, besteht eine Lücke. Goldmann-Lilienthal **1** 113 Anm. 49 a. E.

III. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes.

§ 89. 1. Der Staat haftet für Handlungen, die seine Beamten in Ausübung der ihnen in privatrechtlichen Angelegenheiten (des Fiskus) zustehenden Vertretungsbefugniß vornehmen, ebenso wie der privatrechtliche Verein für seine verfassungsmäßigen Vertreter und zwar haftet der Staat nicht nur für die unerlaubten Handlungen seiner Vertreter (kontraktliches wie außerkontraktliches Verschulden), sondern für jede zum Schadensersatze verpflichtende Handlung, also auch

in Fällen, in welchen das Gesetz eine Schadensersatzpflicht ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Handelnden annimmt. Stengel, Hirths Ann. 01 483 ff. Vgl. auch Dock, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten im A.öffR. 16 244 ff.

2. Lenel, DJZ. 02 11 wirft die Frage auf, ob bei juristischen Personen des öffentlichen Rechtes, insbesondere beim Staate, verfassungsmäßige Vertreter nur diejenigen sind, deren Vertretungsmacht auf einer Rechtsnorm beruht, z. B. die Stellvertreter des Reichskanzlers, die Beigeordneten des Bürgermeisters, oder auch diejenigen, deren Vertretungsmacht auf bloßen Verwaltungsakten — Instruktionen, Dienstweisungen, Reglements — beruht, z. B. Postschaffner, Bahnwärter, Gepäckträger. Die Neigung der Rechtsprechung gehe nach der letzteren Richtung. Diese Praxis sei aber theoretisch nach dem BGB. sehr schwer zu rechtfertigen.

3. Siehe auch Klingmüller, DJZ. 02 172 (oben zu § 31 Nr. 3b).

Ferner Klingmüller, Die Haftung der Vereinsorgane nach § 31 BGB. 39: Je nachdem die Beamten thätig werden für den Fiskus als Vermögenssubjekt oder für die Regierungsgewalt als Subjekt von Hoheitsrechten, bestimmt sich die Haftung des Staates nach Privat- oder nach öffentlichem Rechte. Siehe auch Endemann 1 § 49 unter 3 224.

4. Es giebt Anstaltsbildungen, welche in Folge der engen Verbindung eines für einen gewissen Zweck bestimmten Vermögens mit einem korporativ angelegten Personenverein es zweifelhaft erscheinen lassen, ob sie der einen oder der anderen der beiden Kategorien (Korporationen oder Stiftungen) angehören. Hier ist es Sache der rechtlichen Beurtheilung, ob nach der Entwickelung und Gestaltung des Verhältnisses das Korporations- oder das Stiftungselement vorwiegt. Meurer 14.

5. Was eine juristische Person des öffentlichen Rechtes im Sinne des Reichsrechts ist, bestimmt sich nach Reichs-, nicht nach Landesrecht. Da der Reichsgesetzgeber den Begriff nicht ausdrücklich festgelegt hat, so ist das Oeffentlichkeitsmoment aus dem gesammten Reichsrechte resp. der Uebung des Reiches zu gewinnen. Danach erfordert das Reichsrecht eine Einfügung in den Staatsorganismus. Diese fehlt bei den kirchlichen Korporationen und Stiftungen. Die Kirche ist kein Staatsinstitut. Deshalb gehören die juristischen Personen der Kirche nicht zu denen des öffentlichen Rechtes im Sinne des § 89. Sie unterstehen, vorbehaltlich der Bestimmungen in den Artt. 80 Abs. 2, 84 EG., der Herrschaft des BGB. Meurer 333.

6. Die kaufmännischen Körperschaften in Berlin, Stettin, Danzig, Memel, Tilsit, Königsberg, Elbing, Magdeburg sind öffentlich-rechtliche Korporationen mit autonomer Verfassung. Sie sind zur Erstattung von Gutachten verpflichtet. **RG.** JW. 02 107 N. 20.

7. Die Berufsgenossenschaften sind als Körperschaften des öffentlichen Rechtes juristische Personen. Den Sektionen kommt dagegen die juristische Persönlichkeit nicht zu. Sie gelten innerhalb des ihnen überwiesenen Wirkungskreises als Organe der Genossenschaft, welche sie auch vor Gericht zu vertreten haben. Oberst.LG. München, Seuff. Bl. 01 382.

8. Aus der Praxis. a) **RG.** 39 183 und Seuff. A. 53 130: Der Kreis derjenigen Personen, deren Handlungen als Handlungen der juristischen Person selbst zu gelten haben, darf nicht so weit eingeschränkt werden, daß hierunter nur solche Personen zu verstehen seien, die zur Vertretung der juristischen Person im Willen berufen sind. Denn bei Festhaltung dieser Einschränkung wird entweder dem Zwecke der zur Abwendung von Gefahr im öffentlichen Interesse erlassenen Vorschriften und überhaupt dem Interesse des Verkehrs nicht entsprochen oder es wird der Begriff der Willensvertretung auf Personen an-

gewendet, die in Wahrheit zu solcher Vertretung nicht berufen sind. Man wird vielmehr zu einem befriedigenden Ergebnisse nur gelangen können, wenn man anerkennt, daß die juristische Person die Handlungen derjenigen Personen als die ihrigen zu vertreten hat, die verfassungsmäßig zum Handeln und zwar innerhalb des ihnen angewiesenen Geschäftskreises zum selbständigen Handeln für sie berufen sind. Demgemäß wurde der Schadensersatzanspruch gegen den Reichsfiskus wegen Beschädigung eines Schleppdampfers durch Verschulden des Führers eines für die Verwaltung des Kaiser Wilhelms-Kanals gehaltenen Lootsendampfers für begründet erklärt.

b) **RG. 45** 168 Nr. 42: Die juristische Person haftet für das Verschulden ihrer Angestellten und Beamten nicht unter allen Umständen, sondern nur dann, wenn der Vertreter, aus dessen Verschulden sie verantwortlich gemacht werden soll, ein sie repräsentirendes Willensorgan ist und die schuldhafte Handlung innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises liegt (vgl. **RG.** Gruchots Beitr. **41** 1058); denn nur die Willensakte solcher Personen können als eigene Handlungen der juristischen Person gelten. Von dieser Auffassung ist die Ansicht des I. Civilsenats — im Urtheil vom 29. 9. 97 — nicht grundsätzlich verschieden. — Hiernach konnte das Berufungsgericht zur Verurtheilung des Fiskus nur gelangen, wenn es das Verschulden eines bestimmten, ihn vertretenden Willensorgans festzustellen vermochte. Vgl. dazu Kißkalt, DJZ. **7** 553.

c) **RG.** Gruchots Beitr. **44** 1025: Ein Bahnwärter, der überhaupt und jedenfalls in dem hier in Betracht kommenden Zweige seiner Thätigkeit — Schließung einer Eisenbahnbarriere — lediglich mechanische, in jeder Beziehung geregelte Verrichtungen vorzunehmen hat, kann als Willensorgan der Eisenbahngesellschaft, hier des beklagten Württ. Fiskus, nicht angesehen werden. Aber auch wenn man sich auf den vom ersten Senate des **RG. 39** 185 ff. eingenommenen Standpunkt stellt, wonach die juristische Person für das Verschulden solcher Angestellten haften soll, welche verfassungsmäßig zum selbständigen Handeln innerhalb eines bestimmten Geschäftskreises für die juristische Person berufen sind, muß im vorliegenden Falle diese Haftung verneint werden, weil bei der in Frage stehenden Thätigkeit eines Bahnwärters keine Rede davon sein kann, daß er hier zu einem selbständigen Handeln im Sinne jener Entscheidung berufen sei, da er, wie bemerkt, nur die ihm aufgetragenen, genau geregelten Funktionen zu erfüllen hat. Vgl. auch **RG. 47** 241 und 328

d) Nach **RG.** Gruchots Beitr. **45** 897 ist der Landbriefträger kein Willensorgan des Postfiskus. **RG.** Gruchots Beitr. **44** 715 (vgl. DJZ. **7** 172 u. 269): Nach der Judikatur des Reichsgerichts ist der Begriff des Willensvertreters keineswegs auf den eigentlichen Vorstand oder die sonstigen Zentralorgane zu beschränken, sondern dieser Begriff und damit die Haftung für etwaiges Verschulden schon da angenommen, wo bei der der betreffenden physischen Person zugewiesenen Thätigkeit ihr Ermessen, ihr Wille an Stelle des Willens der juristischen Person der maßgebende ist. Von dieser Auffassung aus ist auch der Wagenaufseher J. insofern als Willensorgan des Beklagten (des Bezirksverbandes zu Kassel) anzusehen, als sein Wille jedenfalls in eilbedürftigen Fällen der für die zur Beseitigung von Verkehrsstörungen und Verkehrsgefahren zu treffenden Maßregeln zunächst allein entscheidend ist, wie ja auch vorliegend die Aufstellung des Wasserwagens an der fraglichen Stelle und die Nichtbeleuchtung desselben nur auf seinen Willen zurückgeführt werden kann. (Auf diesen Wasserwagen waren die Kläger aufgefahren.)

e) **RG.** JW. **02** 226: Die Haftpflicht des Staates für Versehen der Beamten setzt nicht voraus, daß die Beamten den Staat rechtsgeschäftlich zu vertreten berufen sind, sondern es genügt, daß die Dienstverrichtungen der Beamten freien Spielraum für selbständige Entschließungen lassen. — Die Haftpflicht

tritt ferner überall da ein, wo der Beamte durch seine Amtshandlungen in privatrechtliche Beziehungen zu einzelnen Betheiligten tritt.

f) OLG. 5 376 (Stettin). Es genügt, wenn der Vertreter auch nur in einer oder in einzelnen Beziehungen an die Stelle der juristischen Person tritt (vgl. Rehbein 1 34). Dies trifft zu, sobald ihr in der einen oder anderen Richtung eine selbständige Entschließung zugewiesen ist, — im Gegensatze zu einer ein für allemal geregelten, im Wesentlichen nur mechanischen Thätigkeit. Dem Straßenkontrolleure war an Stelle der beklagten Stadtgemeinde über die Verkehrssicherheit der Straßen selbständig zu urtheilen überlassen; aber auch wenn man darin nur eine im Wesentlichen mechanische Thätigkeit finden will, so bleibt doch übrig, daß er bei vorliegender Gefahr sofort durch direkte Beschaffung von Arbeitskräften Abhülfe zu schaffen hatte.

g) OLG. 5 242 (Kiel). Nach den sozialen Verhältnissen versteht es sich von selbst, daß Verrichtungen, wie das Sandstreuen auf die Bürgersteige, nicht von den verfassungsmäßigen Vertretern der Stadt in Person auszuführen sind, sondern daß hierzu Arbeiter verwendet werden. Der Polizeibeamte, der es etwa unterlassen haben könnte, den mit dieser Verrichtung betrauten Arbeiter zum Streuen aufzufordern, ist kein verfassungsmäßiger Vertreter der Stadt.

h) KG. DJZ. 7 53: Der Bürgermeister der verklagten Stadtgemeinde hatte unter Beifügung der von ihm gefälschten Unterschrift eines Beigeordneten die klagende Sparkasse ersucht, eine der Stadtgemeinde zu gewährende Dahrlehnssumme an einen Bankier auszuzahlen; dieses Ersuchen ist die Ausführung eines, wenn auch erschlichenen, doch äußerlich perfekt gewordenen Geschäfts, — die Beklagte muß diese von ihrem Bürgermeister innerhalb seiner Vertretungsbefugniß abgegebene Erklärung als ihre eigene gelten lassen (Revision zurückgewiesen).

i) Gruchots Beitr. 45 361: Die Willensorgane der beklagten Stadtgemeinde haben erkennen müssen, daß das Holz der Sommer und Winter den Witterungsverhältnissen ausgesetzten städtischen Badeanstalt vor deren Wiederbenutzung einer sorgfältigen Prüfung und Untersuchung bedurft hätte; und sie haben ersehen können, daß Badende bei einem nicht ordnungsmäßigen Zustande der Anstalt sich Verletzungen zuziehen können; welche Folgen eine etwaige Verletzung nach sich ziehen würde, brauchte nicht vorher erkannt zu werden.

k) OLG. Dresden, R. 01 175: Wenn Jemand beim Begehen eines für den Verkehr nicht abgesperrten, allgemein benutzten, wenn auch nicht fertigen Straßentrakts dadurch verunglückt, daß er im Dunkeln eine weder durch Laterne noch durch Warnungstafel bemerkbar gemachte Vertiefung nicht sieht und deshalb fällt, so hat die betreffende Gemeinde für den Schaden aufzukommen. Der Umstand, daß der Verunglückte bei Tage die betreffende Stelle bereits passiert hat, rechtfertigt noch nicht den Vorwurf eigenen Verschuldens (§ 254). Vgl. **RG.** Gruchots Beitr. 44 968, 45 75.

l) **RG.** Gruchots Beitr. 44 932: Die Organe der Stadtgemeinde als solche sind zur Ausübung staatlicher Hoheitsrechte nicht befugt; ihre Aufgaben beschränken sich auf die kommunalen Angelegenheiten; zu diesen gehört aber die städtische Feuerwehr, wo eine solche besteht.

OLG. Naumburg, R. 01 433: Die Feuerlöschanstalten und Einrichtungen einer Gemeinde gehören, wie das Feuerlöschwesen überhaupt, zu den kommunalen Angelegenheiten, so daß die Gemeinde für die Thätigkeit ihrer Organe bei Erfüllung der betreffenden Aufgaben nach den Grundsätzen von der Haftung juristischer Personen auch dann verantwortlich ist, wenn es sich z. B. gegenüber einem Pflichtfeuermann um ein außerkontraktliches Verschulden handelt.

m) OLG. Dresden, SächsAnn. 21 414: Ein zur Radfahrerabtheilung verwendeter Gefreiter, der zur Erfüllung der Wehrpflicht eingezogen war, hatte bei

einer dienstlichen Fahrt durch fahrlässiges Verhalten einen Menschen übergefahren. Die Ersatzpflicht des Reichs wurde nach sächsischem Rechte verneint.

OLG. Dresden, SächsA. **11** 247: Die Haftung des Reichsmilitärfiskus für den Schaden, den ein durch Unachtsamkeit des Burschen durchgegangenes Dienstpferd einem Dritten zugefügt hatte, wurde verneint.

n) OLG. Hamb., HansGZ. **00** 301: Verantwortlichkeit der Post bzw. Zollbehörde für den aus Geld bestehenden Inhalt eines eingeschriebenen Briefes. — Auf die Zollbehörde geht die vertragsmäßige Verpflichtung, welche die Postbehörde dem Absender gegenüber übernommen hat, durch Empfangnahme des Gewahrsams des beförderten Gegenstandes über.

o) **RG.** JW. **01** 177: Der Steuerfiskus haftet nicht für Versehen der Notare bei Verwendung von Stempeln.

9. **RG.** Seuff. A. **55** 279: § 1 Abs. 2 der Betriebsordnung für den Kaiser Wilhelm-Kanal v. 28. 8. 1896:

> „Das Deutsche Reich übernimmt keinerlei Verpflichtung zur Ersatzleistung für Schäden, welche die Schiffe im Kanal erleiden, selbst wenn ein Verschulden der Kanallootsen oder anderer Angestellter der Kanalverwaltung dabei in Frage kommt," —

ist rechtsunwirksam. — Diese Betriebsordnung ist erlassen von dem durch Allerh. Erl. v. 15. 6. 1895 „Für die Unterhaltung und den Betrieb" des Kanals errichteten „Kaiserlichen Kanalamts": Hiernach war das Kanalamt zuständig für den Betrieb die erforderlichen Bestimmungen, soweit diese zum Gebiete der Verwaltung gehören, zu erlassen. Nicht dagegen konnte die Kanalverwaltung in das Gebiet hinübergreifen, das der Gesetzgebung vorbehalten ist, und daher war sie nicht in der Lage, für die rechtlichen Beziehungen des Fiskus zu dritten Personen allgemeine Bestimmungen zu treffen, die durch das geltende Recht anders geregelt sind. Insbesondere konnte die Kanalverwaltung nicht schlechthin verordnen, daß Niemand, der den Kanal benutze, Ersatzansprüche gegen den Fiskus erheben dürfe. Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange wegen einer schadenbringenden Handlung Ersatz zu leisten sei, ist von der Rechtsordnung bestimmt. Diese gestattet zwar, bei dem Abschluß eines Vertrags die Verpflichtung zum Schadensersatz auszuschließen, setzt indeß auch in dieser Beziehung der Vertragsfreiheit Schranken; dagegen kennt sie keinen allgemeinen Grundsatz, der es ermöglichte, die im Rechte begründete Verantwortlichkeit für Schaden, der einem Anderen außerhalb eines bestehenden Vertragsverhältnisses zugefügt wird, durch einseitige Willenserklärung abzulehnen.

10. a) Stengel in Hirths Ann. **34** 503, 565, 575, 585: Das gemeine deutsche Recht hat zu keiner Zeit den Rechtssatz gekannt, daß aus Beschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt dem Beschädigten ein allgemeiner Ersatzanspruch an den Staat zusteht, und auch Art. 77 des EG. z. BGB. hat nur die rechtswidrige Ausübung der öffentlichen Gewalt im Auge. Anders, wenn der Staat als Subjekt des Privatrechts in Frage steht: Dann unterliegt der Staat den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, namentlich den Bestimmungen des Nachbarrechts (§§ 906 ff.) und ist wie jeder Privateigenthümer zum Schadensersatz auch dann verpflichtet, wenn seine Beamten und Organe ein Verschulden nicht trifft, vorausgesetzt, daß das Gesetz eine Ersatzpflicht auch ohne Verschulden eintreten läßt. — Wenn der Staat aber einen Schießplatz für die Truppen anlegt, so handelt er hierbei nicht als Person des Privatrechts, sondern in Ausübung der Militärhoheit; deshalb finden §§ 906, 907 keine Anwendung. — Des Weiteren ist die Verwaltung der öffentlichen Sachen Ausübung der öffentlichen Gewalt, nicht privatwirthschaftliche oder fiskalische Verwaltung (vgl. OLG. **5** 246 (Colmar) u. R. **6** 532: Die Telegraphenleitung diente zwar einem rein mili-

tärisch-dienstlichen Uebungs- und Verkehrszwecke; gleichwohl ist die Unterhaltung und Beaufsichtigung der Leitung als eines dem Militärfiskus gehörigen Vermögensgegenstandes eine privatrechtliche Angelegenheit; **RG.** Gruchots Beitr. **44** 942).

b) **RG.** Gruchots Beitr. **46** 414 (vgl. ebenda **44** 981): Mit Recht ist von den Vorinstanzen als herrschender Grundsatz des gemeinen Rechtes bezeichnet, daß eine Haftpflicht des Staates und der Gemeinden für den von ihren Organen bei Ausübung öffentlich-rechtlicher Funktionen widerrechtlich angerichteten Schaden nicht besteht.

c) **RG.** JW. **00** 456 Nr. 4d: In der Rheinprovinz haftet die Gemeinde für rechtswidrige polizeiliche Handlungen ihrer Gemeindebeamten.

Zweiter Abschnitt.

Sachen.

§ 90. 1. Fuchs, Grundbuchr. 9 führt aus: § 90 hat nur eine terminologische, keine materiell-rechtliche Bedeutung. § 90 will keineswegs besagen, daß dingliche Rechte nur an einzelnen körperlichen Sachen, dagegen nicht an Sachgesammtheiten, Inbegriffen und Rechten bestehen können. Nicht bloß im Obligationenrechte werden die zu einem Vermögen gehörigen Gegenstände als rechtliche Einheit zusammengefaßt, sondern auch im Sachenrechte. Der Nießbrauch an einem Vermögen ist ein Recht, das qualitativ verschieden ist von dem Nießbrauch an allen einzelnen zum Vermögen gehörenden Gegenständen. Der Inbegriff hat nicht bloß eine terminologische, sondern eine materiell-rechtliche Bedeutung, was sich insbesondere daraus ergiebt, daß ein vom Pächter, Nießbraucher angeschafftes Ersatzstück durch bloße Einverleibung in ein Inventar Eigenthum desjenigen wird, welchem das Inventar gehört. §§ 588, 1048 B.G.B.

2. Körpertheile, abgetrennt vom menschlichen Körper, können als besondere körperliche Gegenstände Sachen und demnach auch Objekte von Privatrechtsgeschäften sein, auch der ganze menschliche Körper, immer aber vorausgesetzt, daß die Verfügung nicht gegen die guten Sitten verstößt. Dem Chirurgen steht nicht ohne Weiteres das Recht zu, sich amputirte Glieder anzueignen, denn es würde durch die Besitzergreifung, um mit BGB. § 958 zu reden, das Aneignungsrecht eines Anderen verletzt, nämlich desjenigen, der die rechtliche Verfügung über den Körper hatte oder hat, von welchem der fragliche Theil getrennt wurde. Gareis, Das Recht am menschl. Körper (Festgabe f. Schirmer, auch sep. ersch.) 33, 34. Gareis, Allg. Th. 96.

3. Die Frage, ob Elektrizität eine Sache sei, wird bejaht von Bendix, Privatr. 80. Danz, Grünhut **24** 1 ff. Dernburg, Sachenr. 2, DJZ. **96** 473 f., **97** 76. Enneccerus-Lehmann 56. Ostwald, DJZ. **97** 115 f. Siméon, Recht u. Rechtsgang 98 u. Pfleghart, Elektriz. als Rechtsobjekt mit folg. Begründung: Wie aus den Motiven zum ersten Entwurf (**3** 33) ersichtlich ist, kommt der in § 90 gegebenen Definition der Sache nur die negative Bedeutung zu, daß das Unterstellen der Rechte unter diesen Begriff ausgeschlossen sein soll, und zwar deshalb, weil an ihnen die Begründung und Ausübung von Besitz und Eigenthum nicht möglich ist. Daraus folgt aber, daß, sofern es Dinge giebt, die, obschon nicht körperlicher Natur, gleichwohl der ausschließlichen thatsächlichen und rechtlichen Herrschaft eines Einzelnen unterworfen sein können, auch sie zu den Sachen im Sinne des Gesetzes zu rechnen sind. Unter der Voraussetzung, daß die Elektrizität — präziser ausgedrückt: die elektrische Energie — zum Gegenstand einer solchen Herrschaft werden könne, gilt deshalb auch sie als Sache im Sinne des BGB. Gleicher Meinung Kohlrausch, Ztschr. f. d. ges. Strafrechtsw. **00** 489.

Dagegen: Baron, DJZ. **97** 49. Leske 51. Loebell, DJZ. **97** 36.

Schlecht, Seuff. Bl. **02** 8 ff., 31 ff. und Endemann **1** 228, namentl. A. 10 mit ausführl. Begründung u. reichhaltigen Literaturangaben.

4. Zum Vermögensbegriffe bemerkt Crome, Syst. **1** 172 Z. 3, daß die Bedeutung desselben nicht überspannt werden darf. Die ideelle Zusammenfassung der einzelnen Vermögensrechte und Pflichten wirkt nicht weiter, als die Rechtsordnung sie zuläßt; es kann z. B. ein erworbenes Vermögen als Ganzes nicht im Falle des § 311 BGB., wohl aber im Falle der Erbschaft (§ 2018) in Anspruch genommen werden. Irrig ist der Satz, daß in Sachen des Vermögens als solchen immer res in locum pretii et pretium in locum rei sukzedire. In Wahrheit sukzedirt nur in bestimmten Fällen entweder res in locum pretii und umgekehrt (vgl. §§ 1370, 1381, 1440, 1486, 1497, 1524, 1526, 1546 ff.) oder selbst res in locum rei (§§ 1382, 2019).

§ 91. 1. Die Normen, welche die Verkehrsanschauungen und die Verkehrssitte enthalten, sind zwar nicht — wie vielfach behauptet wird — Gewohnheitsrechtsnormen, wohl aber gehören sie zu den Kategorien von Normen, die das Recht als Umstände berücksichtigt. Monich, Willenserklär. 13, 38.

2. Maschinen als vertretbare Sachen **RG. 45** 64. Auch wenn der Gattungsbegriff durch den Inhalt der Parteierklärungen beschränkt und die Waare nach Beschaffenheit und Herkunft näher bestimmt ist, liegt Gattungskauf vor. **RG.** JW. **01** 209, R. **5** 174.

§ 93. 1. Bei der Hinzuschlagung einer Sache zu einer anderen als Bestandtheil oder Zubehör ist lediglich der objektive Thatbestand maßgebend. Auf die subjektiven Eigenschaften der das Bestandtheils- oder Zubehörverhältniß herstellenden Person kommt es nicht an. Neumann, Festgabe f. Wilke 218.

Von der Bestandtheilseigenschaft selbst kann nur dann die Rede sein, wenn die betreffenden Sachtheile bereits zusammengefügt worden sind und aus dieser Verbindung eine neue Einzelsache entstanden ist. Werden dagegen Sachtheile fabrikationsmäßig hergestellt, um erst später zu einem Ganzen vereinigt zu werden, oder um überhaupt nur als Ersatzstücke zu dienen, so ist die Theilqualität nicht begründet, sondern es liegen lauter selbständige Sachen vor. Paech, Bestandth. u. Zubehör 12.

2. Die Frage, ob an wesentlichen Bestandtheilen ein besonderer Besitz und Besitzschutz stattfindet, wird bejaht von Maenner, Recht d. Grundstücke 94. Aehnlich auch Josef, A.bürgR. **15** 267 ff., welcher ihn für zulässig erklärt, wenn an dem abgegrenzten Theile der Sache die räumliche Herrschaft neben der räumlichen Herrschaft anderer Personen über andere Theile der Sache ausgeübt werden kann. Eingehend über diese Frage Paech 30 ff.

Generell sind unter den „besonderen Rechten“, deren Gegenstand wesentliche Bestandtheile nicht sein können, nur diejenigen dinglichen Rechte zu verstehen, welche substanzzertheilend sind, die also zu einer Auflösung des Ganzen führen. Nicht darunter fallen die Nutzungsrechte, die persönlichen so wenig wie die dinglichen, Erbbaurechte und Dienstbarkeiten so wenig wie Mieth- und Pachtrechte. Fuchs, Grundbuchr. 18.

§ 94. 1. Die Vorschriften dieses Paragraphen sind nicht lediglich eine Anwendung des Begriffs des wesentl. Bestandtheils auf Grundstücksverhältnisse, sondern gehen darüber hinaus und haben eine selbständige Bedeutung. Auch wenn eine Sache nach § 93 nicht wesentlicher Bestandtheil ist, kann sie es nach § 94 sein. Paech 17 ff.

2. Der im Abs. 2 gewählte Ausdruck „Gebäude“ — obwohl ein technischer im BGB. zum Unterschiede von „Bauwerk“ (dem generelleren) — ist hier extensiv zu interpretiren. Für gebäudeähnliche Werke (Mauern, Brücken, Hafen- und Wasserbauten) haben die Vorschriften ebenfalls zu gelten. Paech 17 ff.

3. An praktischen Beispielen ist aus der Rechtsprechung erwähnenswerth:

Badeeinrichtung nach Verbindung mit den Wasseranschlußröhren als wesentlicher Bestandtheil eines herrschaftlichen Miethshauses. **RG.** v. 1. 12. 00, JW. **00** 889, Beil. 55. Gruchots Beitr. **45** 1006. Maschinen als wes. B. **RG. 50** 241. Badeeinrichtungen, Spültische, Flurampeln bei herrschaftl. Häus. OLG. **2** 340 (KG.) **RG.** JW. **01** 362, auch Beil. 102. Dampfkessel nebst Speisepumpe bei Dampfziegeleien OLG. **4** 204 (Breslau). Früchte auf dem Halm sind Bestandtheile des Bodens OLG. **2** 351 (Posen). Das Leitungsnetz einer elektrischen Beleuchtungsanlage ist auch insoweit, als es sich über die Grenzen des betr. Grundstücks hinaus erstreckt, wes. Bestandtheil des Grundstücks, auf dem sich die Anlage befindet **RG. 48** 267. Viehstücke sind nie Bestandtheil eines Grundstücks **RG.** v. 27. 4. 01, JW. **01** 382, Beil. 110. Eine weder mit Grund und Boden noch mit einem Gebäude versehene Lokomobile kein Bestandtheil des Grundstücks **RG.** JW. **02** Beil. 189.

§ 95 Abs. 1 S. 2. — 1. Verbindung in Ausübung eines Rechtes an einem Grundstücke. Gierke Fahrnißbes. 37 N. 41 meint unter Bezugnahme auf Fischer-Henle (§ 95 Note 5) und Eck (Vortr. 1896 27), daß als Recht, in dessen Ausübung die Verbindung vorgenommen wird, nicht nur ein dingliches vorausgesetzt werde, sondern daß dasselbe auch ein persönliches Recht (Pacht, Miethe) sein könne. Nur auf dingliche Rechte beziehen § 95 Abs. 1 S. 2, unter Verweisung der Verbindung des Pächters rc. unter S. 1 Planck N. 4, Goldmann-Lilienthal 46 f., Neumann, Fischer-Henle. Eck (Vortr. **98** 102) verbleibt bei seiner früheren Ansicht. Ihm schließen sich an Dernburg, Sachenr. 12, Cosack §§ 41[12], 170[11], Paech 21 ff.

2. Vorübergehend oder in Ausübung eines Rechtes an einem Grundstücke mit diesem verbundene Sachen sind beweglich, unterliegen aber nicht allen Sätzen über Mobilien, insbes. nicht der freien Aneignung. Dernburg, Sachenr. 12. Aehnlich Paech 23, welcher bemerkt: Die im § 95 bezeichneten Sachen haben ihrer juristischen Qualität nach als immobil zu gelten. Soweit der Mangel eines Grundbuchblatts entgegensteht, können die Bestimmungen des Liegenschaftsrechts nicht zur Anwendung gelangen, sondern es müssen die Regeln des Fahrnißrechts analog auf sie ausgedehnt werden, soweit eine entsprechende Erstreckung nicht an der Natur der Sache ihre Schranken findet.

Es genügt nicht, daß der Zweck, zu welchem das Gebäude zunächst verwendet wird, ein vorübergehender ist; vielmehr muß das Gebäude in der Absicht errichtet werden, nach der Erreichung jenes Zweckes wieder beseitigt zu werden. Wolff, Bau auf fremdem Boden 70. Das Vorhandensein eines vorübergehenden Zwecks ist unter objektiver Würdigung der vorliegenden Verhältnisse, nicht aber allein nach der Absicht der Verbindenden festzustellen OLG. **5** 76 (KG.). Das Werk des Pächters oder Miethers gehört nicht hierher. Wolff 73 f. Das Eigenthum an dem kraft dinglichen Rechtes von dem Berechtigten errichteten Gebäude oder anderen Werke steht dem dinglich Berechtigten zu; Rechte eines Dritten an dem dinglichen Rechte erstrecken sich auf das Gebäude oder andere Werke; dies gilt dispositiv. Wolff 77 ff. Mit der Uebereignung des Werkes an den Grundeigenthümer wird das Werk wesentlicher Bestandtheil des Grundstücks. Anders, wenn das dingliche Recht, kraft dessen gebaut ist, und das Grundeigenthum durch Konfusion in eine Hand gelangen. Wolff 81 f.

Ueber die Errichtung des Werkes mit fremdem Material Wolff 83 f.

§ 97. 1. Nach Schloßmann, Iherings J. **5** 289 ff. enthält § 97 eine latente Verweisung auf partikuläres Gewohnheitsrecht: besondere gewohnheitsrechtliche Normen, nach welchen gewisse Zubehörstücke den für Zubehör geltenden Sätzen nicht unterliegen, bleiben unberührt. Gegen ihn Dochnahl DJ.Z. **02** 292, nach welchem § 97 Abs. 1 S. 2 überhaupt praktisch nicht zur Anwendung kommen wird und einfach gestrichen werden sollte.

2. Der wirthschaftliche Zweck der Hauptsache muß ein objektiver sein, d. h. aus der Beschaffenheit der betreffenden Sache hervorgehen. Es genügt daher nicht, daß die res principalis von ihrem Eigenthümer oder Besitzer zeitweilig zu einem bestimmten wirthschaftlichen Zwecke benutzt wird, zu dem sie eigentlich nicht geschaffen ist. Ist eine Sache an und für sich zu verschiedenen wirthschaftlichen Zwecken geeignet, so ist derjenige maßgebend, zu dem sie wirklich gebraucht wird. Paech 45ff.

Die wirthschaftliche Bestimmung einer Sache für die Zwecke der Hauptsache setzt objektive reale Zweckbeziehungen voraus. Private Willkür drückt einer Sache nicht den Pertinenzstempel auf. Paech 46.

Wirthschaftlich koordinirte Sachen können nie in Zubehörsrelation treten (Messer und Gabel, Schachbrett und Figuren, überhaupt alle paarweis auftretenden Sachen). Paech 47.

3. Aus der Judikatur des **RG.**:

Die Zubehöreigenschaft wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Sache dem zu gewerblichem Zwecke eingerichteten Grundstücke nur mittelbar dient. Deshalb sind z. B. Zubehör eines Restaurationsgrundstücks auch Dekorationsgegenstände, Schaukeln, Karroussels, Gondeln, Schwäne, Schwanenhäuser u. dergl.; ferner Sachen, welche zum Vertriebe der im Betriebe gewonnenen Produkte gebraucht werden, wie Transportmittel u. s. w. Unerheblich ist hierbei, ob die Zubehörstücke auch von Personen benutzt werden dürfen, welche nicht Restaurationsgäste sind, z. B. Gondeln. **RG.** v. 26. 1. 01. **RG. 47** 197, **JW. 01** 184, Beil. 77.

Das räumliche Verhältniß, in welchem Hauptsache und Zubehör stehen müssen, wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß sich beide in einiger Entfernung von einander befinden, sofern nur trotz der Entfernung die eine Sache ihre Bestimmung, der anderen zu dienen, erfüllen kann; so können Gondeln zu einem Restaurationsgrundstück als Zubehör gehören, auch wenn der Teich, auf dem sie gehen, sich nicht auf dem Restaurations-, sondern einem anderen Grundstücke befindet, sofern sie nur von den Restaurationsbesuchern benutzt werden sollen und benutzt werden. **RG.** v. 26. 1. 01. (s. o.)

Zum Beweise der Zubehöreigenschaft reicht die Darlegung aus, daß die Nebensache dem wirthschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt und zu ihr in ein entsprechendes räumliches Verhältniß gebracht ist. Daß nur vorübergehende Benutzung vorliege, ist Sache des Einwandes und Gegenbeweises; vorübergehend ist eine Benutzung, wenn sie von vornherein mit der Absicht des späteren Wegfalls erfolgt. **RG.** v. 26. 1. 01. (s. o.)

Ueber einen auf dem Fabrikhof lagernden Dampfkessel, welcher an die Stelle von zwei alten verkauften Kesseln treten soll, **RG.** v. 3. 5. 02 **51** 272, **JW. 02** Beil. 238.

§ 98 giebt keine erschöpfende Aufzählung, sondern enthält nur Beispiele von Sachen, welche unter allen Umständen Zubehöreigenschaft haben. Keineswegs kann § 98 zur einschränkenden Interpretation des § 97 benutzt werden. **RG.** v. 26. 1. 01. **RG. 47** 197, **JW. 01** 184.

Das zum Wirthschaftsbetriebe bestimmte Inventar ist Zubehör des Gebäudes, auch wenn nur ein Theil des Gebäudes zum Restaurationsbetrieb eingerichtet ist; es ist nicht erforderlich, daß die zum Restaurationsbetrieb eingerichteten Räume nur zur Verwendung für diesen bestimmten Gewerbebetrieb geeignet sind, weil in § 98 Z. I BGB. nur die dauernde Einrichtung des Gebäudes für einen bestimmten Betrieb, nicht aber die unabänderliche Bestimmung der eingerichteten Räume für diesen Verwendungszweck gefordert wird. **RG.** v. 22. 5. 01. **JW. 01** 492, Beil. 129, **RG. 48** 107, Gruchots Beitr. **45** 1003.

Dampfkessel können Zubehör eines Fabrikgrundstücks sein. **RG.** v. 3. 5. 02 (s. o. zu § 97 Ziff. 3).

§ 99. 1. Früchte von Sachen (Sachfrüchte) sind:

I. die natürlichen Erzeugnisse der Sache, gleichviel, ob sie einen Ertrag der Sache darstellen oder nicht, ob ihre Trennung die Substanz der Sache lädirt („Raubfrüchte") oder nicht;

II. die Erträgnisse der Sache, d. h. diejenigen Theile der fruchttragenden Sache, welche von ihr getrennt werden können unter Forterhaltung des wirthschaftlichen Grundbestandes der fruchttragenden Sache.

Der wirthschaftliche Grundbestand (Substanz der Sache) wird bestimmt durch ihren Zweck. Was den Zweck und demnach die Substanz der Sache ausmacht, bestimmt unter Berücksichtigung des konkreten Falles die Verkehrsanschauung.

III. Innerhalb des im § 99 Abs. 1 definirten Fruchtbegriffs zieht das BGB. engere Kreise:

Die Pfandhaftung ergreift nur die Erzeugnisse, nicht auch die sonstige Ausbeute (§ 1212); die hypothekarische Haftung (§ 1120) und die Pfandnutzung (§ 1213) dagegen sämmtliche Früchte. Der Pächter lukrirt nur diejenigen Früchte, „die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft als Ertrag anzusehen sind" (§ 581). Ertrag ist „Vermögens-Vermehrung aus den Vermögens-Objekten selbst ohne Schädigung des Vermögensstammes".

Erträge im Sinne § 99 Abs. 2 sind nicht gleichbedeutend mit Ertrag (§ 581). Der Nießbraucher z. B. erwirbt auch Raubfrüchte, d. h. Früchte, die nicht Erträge sind, er muß sie nur nach Beendigung seines Rechtes herausgeben (§ 1039). Das Eigenthum an diesen Früchten ist für ihn Frucht seines Rechtes. Es giebt also Erträge, welche nicht einen Ertrag der durch das Recht betroffenen Sache darstellen: „ertragswidrige Erträge".

Früchte im Sinne § 99 Abs. 3 sind diejenigen Erträge nicht, die kraft eines Rechtsverhältnisses einem bestimmten Berechtigten zufallen, sondern diejenigen, die von einem Dinge in Verbindung mit einem in Hinsicht des Dinges bestehenden Rechtsverhältniß und kraft dieses Rechtsverhältnisses zur Existenz gebracht werden; sie sind „Nutzungsentgelte". Daher ist das Eigenthum an den geförderten Fossilien Frucht im Sinne nicht des Abs. 3, sondern des Abs. 2.

Nur Erträge, also Gewinnste, welche unter Fortbestand der Substanz zuvorgekommen, nicht auch Erlöse, welche an Stelle der Substanz treten, sind Früchte, auch im Sinne des Abs. 3; daher ist die Rentenablösungssumme (§ 1199) keine Frucht des Rentenschuldrechts, die Enteignungs-Entschädigung keine Frucht des enteigneten Grundstücks (a. M. Kuhlenbeck, Komm. 61). Reichel Iherings J. **42** 176 ff.

§ 100. Bei Nutzungen, deren Fälligkeit nicht mit dem Ablaufe der Nutzungsperiode zusammentrifft, wie z. B. gewöhnlich bei Gewinnantheilsscheinen, entscheidet für das Recht auf den Bezug der Nutzungen nicht der Zeitpunkt ihrer Fälligkeit, sondern der Zeitpunkt, in dem die Nutzungsperiode endigt: Ritter, Allg. Lehren 147.

Dritter Abschnitt.

Rechtsgeschäfte.

Erster Titel.

Geschäftsfähigkeit.

Recht und Rechtsgeschäft.

1. **Ueber Rechte an Rechten** bemerkt Crome, Syst. **1** 173 ff.: Die im BGB. unzweifelhaft vorhandene Tendenz der Bildung eines Rechtes am Rechte ist logisch durchaus haltbar. Gegenüber der Thatsache, daß die neuere Rechtsauffassung

zahlreiche Gerechtigkeiten ausgebildet hat, welche wie Sachen behandelt werden (BGB. § 1017, EG. Art. 63), ist kein Grund, Rechte nicht auch in anderen Beziehungen wie Sachen zu behandeln; namentlich also auch Rechte an ihnen zuzulassen. Das hat freilich nicht ganz dieselbe Bedeutung, wie wenn eine Sache Objekt des Rechtes ist. Nur eine Analogieenbehandlung tritt ein. Der Berechtigte darf im Rahmen (Zweckumfang) seines Rechtes und kraft desselben über das unterliegende Recht herrschen, und zwar allen dritten Personen gegenüber. Insofern ist das Recht am Rechte ein absolutes, gegen jeden Dritten wirkendes Recht. Inhaltlich aber ist die Herrschaft des Berechtigten hier nichts Anderes als eine bestimmt umgrenzte Herrschaft über die Macht, welche das unterliegende Recht dem Inhaber des letzteren gewährt.

2. Ueber **Anwartsschaftsrechte** sagt ders. a. a. O. 175: Mit Rücksicht darauf, daß ein Thatbestand, mit welchem die Rechtsordnung eine bestimmte Wirkung verknüpft, im Leben nicht selten erst nach und nach verwirklicht wird, kann die Rechtsordnung schon die einstweilen vorliegenden Thatbestandsstücke durch Beilegung einer besonderen Rechtswirkung auszeichnen, einer Wirkung, welche freilich von derjenigen des vollendeten Thatbestandes erheblich verschieden ist. Diese Vorwirkung ist ein subjektives Recht, dessen Inhalt nach Maßgabe der Umstände verschieden sein kann: je nach der Sicherheit oder Unsicherheit des Eintritts des definitiven Rechtes, oder je nachdem das definitive Recht nach Vollendung der letzten Thatbestandsstücke neuerdings oder mit rückwirkender Kraft eintritt. Die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte Vorwirkung darf keinesfalls von dem dadurch Verpflichteten oder von dritten Personen willkürlich beeinträchtigt oder gestört werden; ja, es erstreckt sich die Vorwirkung unter Umständen sogar dinglich auf den Gegenstand des Rechtes, so daß die Sache schon vor Eintritt des Definitivrechts in die Zwecke der letzteren gebunden erscheint (z. B. bei der Anwartschaft auf Lehen und Fideikommisse).

3. a) Ueber den **Begriff von Rechtsgeschäft und Rechtshandlung** wird ausgeführt: Rechtsgeschäfte im eng. S. sind die einer Wahrnehmung bedürftigen privatrechtlichen Willensäußerungen über die Grenzen eines Herrschaftskreises. Die Definition der Motive (I 126) faßt nur das normale Rechtsgeschäft ins Auge, unter Ausschluß aller pathologischen Fälle. Sie genügt daher dem praktischen Bedürfnisse nicht, weil zu eng und unvollständig. Denn zunächst hat auch das wirksame Rechtsgeschäft zuweilen ungewollte Folgen z. B. hinsichtlich der Zusätze, wie sie die Verkehrssätze und die lex dispositiva dem Erklärten beifügen. Außerdem giebt es Fälle, in denen, obwohl der erklärte Geschäftsinhalt ungewollt ist, er dennoch gelten soll. Leonhard, Allg. Th. 254 f.

b) Zu dem Rechtsgeschäftsbegriffe der Motive (I. 126): „Rechtsgeschäft ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist" macht Neumann, Studie über Rechtshandlung und Rechtsgeschäft, in der Festgabe für Wilke folgende Bemerkungen:

α. Es genügt, daß der Willen auf Hervorbringung eines objektiv rechtlichen, d. h. eines Erfolges gerichtet ist, der unter Voraussetzung seines Gewolltseins von der Rechtsordnung als rechtlicher Erfolg anerkannt und geregelt ist. Daß der Handelnde der Natur des Erfolges als eines rechtlichen bewußt gewesen, ist nicht erforderlich. Nur dürfte der Handelnde, wenn er sich dieser Bedeutung seines Handelns bewußt geworden wäre, nicht etwa den rechtlichen Erfolg seiner Handlung ausgeschlossen haben (211).

β. Die Natur eines Thatbestandes als eines Rechtsgeschäfts wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der hervorgerufene rechtliche Erfolg durch dispositive

Rechtssätze bestimmt wird, deren sich der Erklärende nicht bewußt gewesen ist. Es besteht für die Fälle unterlassener Regelung eine (widerlegbare) Vermuthung dahin, daß der Inhalt der dispositiven Rechtssätze gewollt wäre, wenn die Parteien die betreffenden Punkte geregelt hätten. Der durch die dispositiven Rechtssätze in Verbindung mit dem Rechtsgeschäfte hervorgerufene rechtliche Erfolg steht den unmittelbaren rechtsgeschäftlichen Wirkungen gleich (211—213).

γ. Die Willenserklärungen, welche trotz eines Willensmangels (BGB. §§ 116 ff.) aufrecht erhalten werden, gelten als rechtsgeschäftliche, obwohl ein Wille im natürlichen Sinne nicht vorliegt (213 f.).

δ. Thatbestände, denen die Rechtsordnung unmittelbar kraft Gesetzes oder in Folge von Anfechtung die Wirkung versagt, entbehren, soweit die Nichtigkeit reicht (BGB. § 139), des rechtsgeschäftlichen Charakters, unbeschadet der Möglichkeit, auf dieselben gewisse für Rechtsgeschäfte geltende Vorschriften entsprechend anzuwenden (214 f.).

ε. Thatbestände nicht rechtsgeschäftlicher Natur, zu deren Merkmalen eine Handlung im Sinne gewollten Thuns oder Unterlassens gehört, sind, soweit nicht eine gesetzliche Regelung eingreift (vgl. BGB. §§ 7, 276 Abs. 1 S. 2, 682), in Ansehung der Willensfähigkeit des Handelnden unter entsprechender Anwendung der für die Rechtsgeschäfte bzw. für die unerlaubten Handlungen geltenden Vorschriften zu beurtheilen, je nachdem die zu beurtheilende Handlung mehr Aehnlichkeit mit der einen oder der anderen Gruppe von Thatbeständen aufweist (215 f.).

ζ. Objektiv wirkende Thatbestände, bei denen Rechtswirkungen unabhängig von einem gewollten Thun oder Unterlassen eintreten, sind z. B. das Vorliegen der Voraussetzungen der Bestandtheils- und Zubehöreigenschaften des §§ 93 ff., 97; das Ablaufenlassen von Ausschluß- und Verjährungsfristen (217 f.).

η. Die Thatbestände, welche die Pflicht zum Ersatze des negativen Geschäftsinteresses ohne Rücksicht auf Verschulden begründen (vgl. §§ 122, 179, 307, 309, 463, 523 f., 694; vgl. auch §§ 563, 795), sind weder rechtsgeschäftlicher noch deliktischer Natur. Der subjektive Thatbestand ist, wenn Verschulden Thatbestandsmerkmal, unter entsprechender Anwendung der Vorschriften über Deliktsfähigkeit, sonst an der Hand des § 179 Abs. 3 Satz 2 zu beurtheilen (vgl. 218 ff.).

c) Aus dem allgemein anerkannten Zwecke des Instituts der Rechtsgeschäfte, der Privatautonomie der Rechtssubjekte zur selbständigen Erzeugung von Rechtswirkungen zu dienen, ergiebt sich nach Manigk Anw. d. R. 19 ff., 36, 168, 184 folgende Definition: Rechtsgeschäfte sind diejenigen juristischen Handlungen, in deren Thatbestand der auf den von der Rechtsordnung normirten Erfolg gerichtete Wille des Handelnden wesentlich ist. Eine Erklärung dieses Willens ist dem Rechtsgeschäftsbegriffe nach M. (vgl. w. u. Vorbem. vor §§ 116 ff.) nicht wesentlich. Es sei sowohl aus systematischen wie formellen Gründen geboten, die Rechtsgeschäfte daher in Erklärungs- und Willensgeschäfte einzutheilen. Bei den letzteren wirkt schon der innere Erfolgswille, wie insbesondere bei der Okkupation und Dereliktion. Den Rechtsgeschäften stehen systematisch die bloßen Rechtshandlungen gegenüber. Letztere sollen nicht der Privatautonomie dienen; ihr Thatbestand enthält nicht den Erfolgswillen (Wohnsitzbegründung, Besitzerwerb, Spezifikation, auftragslose Geschäftsführung u. A.). Auf diese Handlungen sind die Normen des III. Abschnitts durchweg nicht anwendbar. Inwiefern dies hingegen bei den sog. Willensgeschäften der Fall ist, weil auch diesen der Erfolgswille essentiell ist, weist M. a. a. O. 190 ff. nach.

d) Ueber den Charakter der bloßen Rechtshandlungen vgl. M. a. a. O. 30, 47, 53, 98, 184 ff., 217, 257, 314 f., 356 ff., 360 A 1. In letzterer Beziehung

hat der Ausdruck „Rechtshandlung" einen engeren Sinn als der mit ihm meist promiscue gebrauchte „juristische" oder „rechtliche Handlung". Die Rechtshandlungen sind insofern gleich den Rechtsgeschäften eine Art der juristischen Handlungen. Ueber letzteren Begriff vgl. M. a. a. O. 7 u. 123 A 1.

Vorschriften über Rechtsgeschäfte finden auf Rechtshandlungen insofern Anwendung, als es sich um Rechtshandlungen dreht, denen gegenüber der Gesetzgeber denselben Zweck verfolgt wie gegenüber den eigentlichen Rechtsgeschäften. Da der Zweck der Vorschriften über Rechtsgeschäfte der Schutz der Privatautonomie nach außen ist, so ist jeder der Kenntnißnahme nicht bedürftige Akt der Privatautonomie nach außen eine dem Rechtsgeschäft ähnliche Rechtshandlung. Jede der Kenntnißnahme nicht bedürftige Willensäußerung über die Grenzen des eigenen Herrschaftskreises oder desjenigen eines fremden dabei vertretenen Geschäftsherrn ist demnach eine dem Rechtsgeschäft ähnliche Handlung. Leonhard a. a. O. 258.

e) Ueber partiarische Rechtsgeschäfte führt Crome, Syst. **1** 335 aus: Partiarische Rechtsgeschäfte sind eine Spielart der kausalen und entgeltlichen Rechtsgeschäfte. Hierbei wird der Entgelt für die von einer Partei bewirkte Leistung nach dem wirthschaftlichen Erfolge derselben abgestuft; je mehr Erfolg die Leistung hat, um so viel mehr Entgelt wird für sie geschuldet — im umgekehrten Falle entsprechend weniger. Das Resultat wird dadurch erreicht, daß der Entgelt auf einen bestimmten Antheil am wirthschaftlichen Ertrag der Leistung festgesetzt wird. Eine Gesellschaft liegt hier nur in den selteneren Fällen vor, in denen das verfolgte Ziel als allen Theilnehmern gemeinschaftlich erscheint.

f) Von den Rechtsgeschäften zu sondern sind dagegen nach Crome, Syst. **1** 320 alle diejenigen Erklärungen, welche nicht Willenserklärungen sind und dennoch kraft Gesetzes eine bestimmte Rechtswirkung haben, wie Anzeigen, Benachrichtigungen, Einreichung von Vermögensverzeichnissen und anderen Zusammenstellungen. Da durch diese Erklärungen dem Adressaten eine bestimmte Kenntniß zukommen muß, bezeichnet man sie zutreffend als Erklärungen zur Kenntnißnahme. Die meisten für Willenserklärungen gegebenen Vorschriften finden auf sie entsprechende Anwendung.

g) Gehört die Verzeihung zu den Rechtsgeschäften? **RG.** v. 15. 4. 01. JW. **01** 386.

§ 104. 1. Das BGB. behandelt die Geschäftsfähigkeit nur unter dem Gesichtspunkte der Fähigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften. Ueber die allgemeine Handlungsfähigkeit außerhalb der Rechtsgeschäfte findet sich keine direkte Vorschrift. Aus den §§ 1626, 1627, 1630 Abs. 1, 1793, 1897 ist aber der Satz zu abstrahiren, daß Minderjährige und Bevormundete in ihren Rechtsangelegenheiten vertreten werden und deshalb zu deren eigener Vornahme nicht befähigt sind. Stehen Handlungen in Frage, die nicht Rechtsgeschäfte sind und deshalb den besonderen Bestimmungen der §§ 106 ff. des BGB. nicht unterworfen sind, wie z. B. die Leistung der im materiellen Rechte begründeten Offenbarungseide und eidesstattlichen Versicherungen (§§ 259, 260, 2006, 2028, 2057, 2356), so hat bei Minderjährigkeit oder Bevormundung des Pflichtigen der gesetzliche Vertreter an Stelle des Pflichtigen die Handlung zu leisten. Jastrow, Buschs 3. **25** 531 ff.

Die Geschäftsfähigkeit ist die Fähigkeit, durch eigenes Thun auf den geschäftlichen Rechtsverkehr gestaltend einzuwirken. Sie setzt die dauernde Fähigkeit freier Willensbestimmung voraus und fehlt deshalb naturgemäß den juristischen Personen und regelmäßig den Geisteskranken, nach gesetzlicher Bestimmung den Kindern bis zum vollendeten 7. Lebensjahr und den wegen Geisteskrankheit Entmündigten. Monich, Willenserkl. 26 ff.

2. Die Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit beruht auf positiv-rechtlichen Bestimmungen und ist nicht als eine besondere Art der Geschäftsfähigkeit oder Geschäftsunfähigkeit anzusehen. Es wird durch die betreffenden Bestimmungen nur festgesetzt, in welchem Umfange Geschäftsfähigkeit vorhanden ist oder fehlt. Sie darf nicht als Verfügungsunfähigkeit bestimmt werden. Monich 27 ff., 147.

Durch die Entmündigung werden auch solche Geisteskranke, deren freie Willensbestimmung nicht ausgeschlossen ist, absolut geschäftsunfähig. Andererseits sind absolut geschäftsunfähige Personen, die nach § 1906 unter vorläufige Vormundschaft gestellt sind, während der Dauer solcher Vormundschaft nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkt. Monich 146.

3. Zu § 104 Z. 2 insbesondere wird bemerkt: Der im § 104 Z. 2 bezeichnete Zustand ist der der Geisteskrankheit im Sinne des § 6 Nr. 1. Man würde sonst neben der Geisteskrankheit und der Geistesschwäche noch eine dritte Art der geistigen Erkrankung anzunehmen haben; auch wäre das Resultat, daß der nicht entmündigte Geistesschwache geschäftsunfähig, der entmündigte Geistesschwache aber nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, völlig unannehmbar. Goldmann-Lilienthal 75.

Z. 2 spricht nur von Fällen, wo bei dem Kranken eine vernünftige Besorgung seiner Angelegenheiten nach grundsätzlich jeder Seite ausgeschlossen ist. Solch enge Auslegung ist im Interesse des Verkehrs erforderlich. Der Begriff der Geisteskrankheit im § 6 Ziff. 1 ist viel weiter. § 827 handelt, ungeachtet seines Wortlauts, von einer ganz anderen Personenklasse, als § 104². Levis, Die Entmündigung Geisteskranker 102—106.

Vgl. auch Brunswig, Handlungsfähigkeit der Geisteskranken nach BGB.

§ 105. 1. Bei den Geschäftsunfähigen, insbesondere den Kindern, soll es nach § 105 wie nach § 828 in allen Fällen nicht auf das relative Maß ihrer Einsicht und auch nicht auf den lediglich vortheilhaften Effekt des Geschäfts ankommen. Ihnen wird vom Gesetze die Fähigkeit zur Fassung des auf einen Rechtserfolg gerichteten Willen vielmehr überhaupt abgesprochen. Vgl. Manigk, AnwendungsG. d. Vorschriften f. d. Rechtsgesch. 204, 211 ff.

Kuhlenbeck 102 hält jede nicht durch den gesetzlichen Vertreter angenommene Schenkung an ein Kind unter 7 Jahren für ausgeschlossen. Ein Dritter als Geschäftsführer werde selten vorkommen; der Schenker könne nicht zugleich als Annehmer (Namens des Vormundes) gelten. Das Geschenkte gelange garnicht in den Besitz des Kindes und könne ihm ungestraft von Dritten abgenommen werden.

2. Der Ausdruck „vorübergehende Störung der Geistesthätigkeit" umfaßt psychische Störungen, bei denen der Jurist im Zweifel sein kann, ob er sie schon als krankhaft aufzufassen berechtigt sei (Hysterie, beginnende Trunkenheit), sowie solche Zustände, denen man, ohne daß sie dem Gebiete des Pathologischen angehören, eine gleiche rechtliche Wirkung nicht wohl versagen darf, wie etwa nach Erwachen aus tiefem Schlafe, nach großer Ueberanstrengung u. s. w. Schultze 7. Siehe zu § 6.

Ueber Bewußtlosigkeit: Schultze, A.bürgR. **17** 89 ff.

§ 106. Kohler nennt die in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten die Geschäftsbeschränkten oder Halbgeschäftsfähigen. Buschs Z. **24** 19.

§ 107. 1. Die Zustimmung kann zur Vollendung des Thatbestandes der Willenserklärung erforderlich sein, — wie hier — oder neben dieser ein nothwendiges Erforderniß zur Vollendung des Gesammtthatbestandes, dessen Ergebniß das Rechtsgeschäft ist. Sie unterliegt danach abweichender juristischer Behandlung. Monich, Willenserkl. 42 ff., 147, 156.

2. Die vorherige Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerruflich. Der Widerruf wird jedoch demjenigen

gegenüber, welchem die Zustimmung erklärt war, nur dann wirksam, wenn ihm der Widerruf mitgetheilt ist oder bekannt war oder sein mußte. Schroeder-Mugdan, Vormundschaftsr.

3. Die Gültigkeit von verpflichtenden Verträgen bedarf, auch wenn sie einen wirthschaftlichen Vortheil verschaffen würden, der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Unter den „lediglich einen Vortheil verschaffenden Willenserklärungen" sind rein lukrative Rechtshandlungen zu verstehen. Frankenburger, Minderj. als Kaufleute, Holdheims Mschr. 8 91.

Der Antrag des Minderjährigen beim Gericht oder Notar auf Beurkundung oder Unterschriftsbeglaubigung ist eine Willenserklärung, durch die der Minderjährige „nicht lediglich einen rechtlichen Vortheil erlangt"; der Minderjährige bedarf zu diesen Anträgen also der Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters. Josef, CBlFrG. **1** 842 ff.

Die Schenkung eines Grundstücks bringt dem dieses annehmenden Minderjährigen nicht lediglich einen rechtlichen Vortheil. Bruck, Die Einigung 53.

4. Ist die Einwilligung des Vormundes erforderlich, so bedarf dieser zur Vereinbarung einer Abfindung für rückständige Alimente der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dann, wenn es sich um einen wirklichen Vergleich handelt und von einem Gegenstande des Streites oder der Ungewißheit die Rede ist, der in Geld geschätzt werden kann und den Werth von 300 M. übersteigt. Süßheim, Gruchots Beitr. **45** 66.

§ 108. 1. Die Verweigerung der Genehmigung hat die Pflicht zur Rückerstattung des Geleisteten nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zur Folge. Die Verbindlichkeit zur Rückerstattung entspringt aber erst im Augenblicke der Verweigerung der Zustimmung. Die Nichtgenehmigung hat also (im Gegensatze zur Genehmigung § 184) keine rückwirkende Kraft. Heinzerling, Handlungsfähigk. d. Minderj. nach gem. R. 87 f., 97, 102 ff.

2. Der ohne Konsens abgeschlossene entgeltliche oder unentgeltliche, obligatorische oder dingliche, familien- oder erbrechtliche Vertrag einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person (vgl. jedoch z. B. § 2275 Abs. 1) ist nicht ohne Weiteres nichtig. Weder der beschränkt Geschäftsfähige selbst, noch ein Dritter (**RG. 3** 333) kann ihn widerrufen, aber seine volle Wirksamkeit ist noch suspendirt und von der, wenn auch formlosen (§ 182 Abs. 2) Genehmigung des Vertreters bzw. seines inzwischen unbeschränkt geschäftsfähig gewordenen Schützlings abhängig gemacht; diese Genehmigung hat rückwirkende Kraft gemäß § 184. Der Mitkontrahent des beschränkt Geschäftsfähigen, der andere Theil, wird durch den Abschluß des Vertrags — um einen solchen und nicht um eine bloße Offerte handelt es sich — an sich ebenfalls schon gebunden, er ist jedoch bis zur Genehmigung des Vertrags zum Widerruf einseitig berechtigt; letzterer hat entweder der beschränkt geschäftsfähigen Person oder deren Vertreter gegenüber zu erfolgen. Diese an sich willkürliche Widerrufsbefugniß ist unter gewissen Umständen ausgeschlossen. Bendix, Privatr. 104 ff. u. R. **4** 281.

§ 111. 1. Der Minderjährige kann also (s. zu § 108) ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters weder als Gläubiger durch Zahlungsaufforderung noch als Schuldner durch Angebot der versprochenen Leistung die Gegenpartei in Verzug setzen. Heinzerling, Handlungsfähigk. Minderj. 134, 137.

2. Bei einseitigen Geschäften wird die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters verlangt, weil der von den Wirkungen eines solchen Geschäfts betroffene Dritte kein Mittel in der Hand hat, die ihm unerwünschte, bei fehlender Einwilligung sonst eintretende Ungewißheit bis zur eventuellen Genehmigung zu verhüten, während er bei einem Vertrag in solchem Falle den Vertragsschluß seinerseits

unterlassen könnte. So Manigk, AnwendungsG. d. Vorschriften f. d. Rechtsgesch. 220. — Der § 180 geht von derselben ratio aus. Manigk 396 f.

3. Satz 2 setzt nicht voraus, daß der Kündigende bei der Kündigung ausdrücklich erklärt, er handle mit der erforderlichen Einwilligung. Hat der Schuldner hierüber Bedenken, so darf er den Kündigenden nicht im Zweifel lassen, ob er die Kündigung als wirksam anerkenne. **RG.** 50 212, JW. Beil. 02 189.

4. Satz 3 ist auch für die Fälle der Genehmigung des Gegenvormundes anwendbar. Thiele, Die Kündigung, insbes. bei Darlehen, nach dem BGB. A.civPr. 89 93.

§ 112. 1. Die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit bezieht sich in dem Falle des § 112 (selbständiger Betrieb eines Erwerbsgeschäfts) ausnahmsweise nicht auf die einseitigen oder zweiseitigen Rechtsgeschäfte, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, während sie in dem Falle des § 113 (Dienst- oder Arbeitsverhältniß) die Ausnahme nur derartiger Verträge umfaßt. Bendix, Privatr. 106 f.

2. Eine nachträgliche Aenderung oder Aufhebung der genehmigenden Verfügung des Vormundschaftsgerichts ist ohne Wirksamkeit auf die inzwischen vom Minderjährigen oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte. Frankenburger, Holdheims Mschr. 8 94.

3. Der Minderjährige, welcher zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigt ist, ist für alle Rechtsgeschäfte, einseitige und gegenseitige, geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb verkehrsüblicherweise mit sich bringt. Nicht erforderlich ist, daß das Geschäft sich unmittelbar auf das Erwerbsgeschäft bezieht. Vielmehr kann der Minderjährige alles selbständig vorsehen, was zu dessen Betriebe nöthig ist, namentlich auch, was der Minderjährige zu seinem eigenen Lebensunterhalte gebraucht. Dernburg, BGB. 1 363 u. Anm. 4 gegen Endemann 1 § 26 Anm. 5.

4. Will der Minderjährige innerhalb der Grenzen des § 112 eine Erklärung abgeben, so kann dies nicht in bloß beglaubigter Form geschehen, sondern nur unter protokollarischer Beurkundung. Denn da Minderjährige grundsätzlich vertretungsbedürftig sind, §§ 1630, 1793, ist die Beglaubigung ihrer Unterschriften grundsätzlich abzulehnen; im Falle des § 112 fällt zwar die Nothwendigkeit der Vertretung fort; die Prüfung aber, ob die zu beglaubigende Erklärung unter § 112 fällt, liegt außerhalb der Aufgabe des beglaubigenden Urkundsbeamten. Josef, CBlFrG. 1 852 u. Komm. z. Reichs- u. Preuß. FGG. Anm. 6a II zu § 183.

5. Hebt das Vormundschaftsgericht die Genehmigungsverfügung nachträglich als ungerechtfertigt auf, so ist dies für die Wirksamkeit der inzwischen vorgenommenen Rechtshandlungen des Minderjährigen einflußlos. Josef, Komm. z. Reichs- u. Preuß. FrGG. Anm. 6 zu § 32.

Die für den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts einmal erworbene Geschäftsfähigkeit wird nach Fuchs, Gruchots Beitr. 44 3 ff. nicht berührt. Vgl. auch Habicht, Einwirk. 31.

6. Solange die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts fehlt, ist eine vom gesetzlichen Vertreter ertheilte Ermächtigung wirkungslos. Die Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters zum Geschäftsbetriebe muß eine ausdrückliche sein.

7. Der Minderjährige ist hinsichtlich der in den Betrieb des Geschäfts fallenden und auf diesen sich beziehenden Rechtsstreitigkeiten prozeßfähig. Zum Abschluß eines Vergleichs oder Schiedsvertrags bedarf aber der Minderjährige, wenn sein gesetzlicher Vertreter ein Vormund ist und es sich um mehr als 300 M. handelt, der besonderen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Satz 2 des Abs. 1 ist zwingender Natur; auch wenn dem gesetzlichen Vertreter eine allgemeine Ermächtigung im Sinne des § 1825 BGB. ertheilt ist,

hat er in den besonders vorgesehenen Fällen der §§ 1643 ff., 1822, 1819 ff. BGB. jeweils die besondere Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen. Frankenburger, Holdheims Mschr. 8 94.

8. Die eingegangenen Verbindlichkeiten bleiben bestehen, selbst wenn sie den Anlaß zum Widerrufe der ertheilten Ermächtigung gegeben haben. Süßheim, Gruchots Beitr. **45** 58.

9. Die Ermächtigung schließt die Befugniß zu außerordentlichen Vereinbarungen wie Konventionalstrafen nicht in sich; so auch Kuhlenbeck **1** 72; anders Planck **1** 159.

§ 113 Abs. 1. 1. Zu § 113 Abs. 1 S. 2 machen Goldmann und Lilienthal 79 Anm. 1 darauf aufmerksam, daß es im Gesetze merkwürdiger Weise heißt: „Ausgenommen sind Verträge", während es im § 112 Abs. 1 S. 2 heißt: „Ausgenommen sind Rechtsgeschäfte", und daß man annehmen müsse, daß „Verträge" im § 113 nur irrthümlich statt „Rechtsgeschäfte" gesagt ist.

2. Abs. 2. Der Vormund kann nicht für befugt erachtet werden, die seitens des Vormundschaftsgerichts ersetzte Ermächtigung (§ 113 Abs. 3) zurückzunehmen oder einzuschränken; vielmehr ist zu diesem Zwecke an Stelle des insoweit verhinderten Vormundes ein Pfleger zu bestellen (§ 1909). Boschan, Eltern- u. VormR. 177.

3. Abs. 3. Zur Stellung des Antrags ist der Mündel trotz seiner Minderjährigkeit kraft Gesetzes berechtigt, doch wird es sich regelmäßig empfehlen, ihm zur Wahrung seiner Rechte einen Pfleger zu bestellen (§ 1909). Boschan 177.

4. Auch das Vormundschaftsgericht kann die Ermächtigung in Beschränkung auf einen Einzelfall ersetzen. Schultheis, Vormundschaftsrichter 110.

Die an Stelle des Vormundes von dem Vormundschaftsgericht ertheilte Ermächtigung kann von dem Vormunde nicht wieder entzogen werden. Schultheis 111[11].

Im Bereiche der gewerblichen Arbeitsverträge hat nicht das Vormundschaftsgericht, sondern die Gemeindebehörde die Einwilligung des Vormundes zu ersetzen. Schultheis 112[13] (242[7]).

§ 115. Die Folgen der Aufhebung eines Entmündigungsbeschlusses bezüglich der bis dahin stattgefundenen Verkehrsvorgänge sind unter Zugrundelegung der Fiktion, daß die Entmündigung nicht stattgefunden habe, positiv rechtlich bestimmt. Monich, Willenserkl. 31, 116.

Zweiter Titel.

Willenserklärungen.

1. In terminologischer Beziehung bemerkt Monich, Willenserkl. 3 ff., daß Willenserklärung und Rechtsgeschäft nicht identische Begriffe sind, sondern die erstere ein Moment in dem Gesammtthatbestande, dessen Produkt das letztere ist. Aehnlich Binder, rechtl. Stellung d. Erben 86.

2. Ueber Willensdogma und Erklärungstheorie führt Leonhard, Allg. Th. 462 (woselbst eingehende Ausführungen) aus:

Das Willensdogma ist richtig zu formuliren. Es muß nicht heißen: „Keine Erklärung ohne gewollten Inhalt", sondern „Keine Erklärung ohne gewollte Geltung des Inhalts" mit dem Zusatze: „Die Zuverlässigkeit eigner unzweideutiger Erklärungen ist im Zweifel gewollt." Der Geltungswille entscheidet, nicht der Inhaltswille.

Und weiter a. a. O. 465 f.: Das BGB. hat das Willensdogma in der herrschenden Form als allgemein gültige Regel ebenso verworfen, wie die sog. Erklärungstheorie. Es hat eine dritte neue Theorie aufgestellt, die man „Unter-

scheidungstheorie" oder „Dreigruppentheorie" nennen kann. Der ungewollte unzweideutige Erklärungsinhalt unterliegt einer dreifachen Behandlung: a) zuweilen ist er nichtig (§§ 116 Abs. 2, 118), b) zuweilen ist er gültig (§ 116 Abs. 1 und in den Fällen, wo nach § 119 die Anfechtung ausnahmsweise versagt wird), c) zuweilen ist er anfechtbar (§§ 119, 120). Den Löwenantheil bei dieser Spaltung hat die sog. Erklärungstheorie erhalten. Das Gesetz erklärt nämlich die wegen Irrthums ungewollten Erklärungsinhalte nur für anfechtbar, und zwar nur unter besonderen Erschwerungen, ein Ziel, welches die Erklärungstheorie einzig und allein anstrebte.

Isay, Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts ist dagegen der Ansicht, daß das BGB. seinem Begriff der Willenserklärung die Erklärungstheorie zu Grunde gelegt habe.

Monich, Willenserkl. 44 widerspricht der Ausführung der Motive, daß die Bestimmungen dieses Titels sich auf alle Fälle des Erfordernisses einer Zustimmung zur Wirksamkeit einer Erklärung beziehen.

3. Der bisher herrschenden Ansicht, daß der menschliche Wille nur dann Rechtswirkungen erzeugen könne, wenn er erklärt worden, tritt entgegen Manigk, Anwendungsgeb. d. Vorschr. f. Rechtsgesch. (siehe besonders 99 ff.). Eine Erklärung der auf einen Rechtserfolg gerichteten Absicht sei nur deswegen erforderlich, damit die an dem Eintritte des Erfolges direkt interessirten Personen von demselben Kenntniß erhalten und sich dementsprechend verhalten können; denn alle Rechtswirkungen seien nicht als solche sinnlich wahrnehmbar, sondern nur logisch zu erschließen. Wo durch die rechtsgeschäftlich beabsichtigten Wirkungen eine fremde Rechtssphäre nicht betroffen werde, wie z. B. bei der Okkupation und der Dereliktion, sei daher eine Erklärung des auf Erwerb bzw. auf Verlust des Eigenthums gerichteten Willens nicht nothwendig. Prozessual erweislich sei auch der innere Erfolgswille, Manigk, a. a. O. 9 ff., 19 ff., 39, 316, 376 ff. Insofern giebt es Rechtsgeschäfte, die keine Willenserklärung enthalten. Andererseits ist auch nicht jede Willenserklärung ein Rechtsgeschäft (a. a. O. 89 ff.), wie z. B. die Vertragsofferte, die zwar die Erklärung des auf einen Rechtserfolg gerichteten Willens enthält, die jedoch den Eintritt des Erfolges allein noch nicht bewirkt. So ist es auch bei den sog. Realgeschäften, bei denen zu der Erklärung noch ein corpus hinzukommen muß. Hier überall ist die Erklärung nur ein Element des Rechtsgeschäftsthatbestandes.

Willenserklärung ist jedes von einem Menschen bewußt und gewollt bewirkte äußere Anzeichen, das zu einem Rückschluß auf einen entsprechenden Willen verwerthbar ist. Insofern kann auch das Schweigen eine Willenserklärung sein, Manigk 75. — Bei der ausdrücklichen Erklärung substiuirt der Erklärende jeder seiner Absichtsvorstellungen einen Begriff und drückt diesen sprachlich aus, während bei der konkludenten Erklärung eine Begriffsbildung nicht nothwendig ist, jedenfalls aber die adäquate Aeußerung der Begriffe unterbleibt (a. a. O. 62). Vgl. über den Begriff der konkludenten Erklärungen und über die Anwendbarkeit der §§ 116 ff. auf dieselbe Manigk a. a. O. 32, 70 ff., 84 A. 2, 161 ff., 247 A. 1.

Monich, Willenserkl., Unterabschnitt 18 u. 32 faßt dagegen die Entschließung und den äußeren Vorgang der Erklärung als zwei selbständige Momente zur Vollendung des Thatbestandes der Willenserklärung auf. Durch Mängel jedes dieser Momente wird Unwirksamkeit herbeigeführt, welche er als rechtliche der auf anderweitigen Verkehrsthatsachen beruhenden thatsächlichen Unwirksamkeit gegenüberstellt (a. a. O. 109 ff.). Er unterscheidet im Uebrigen vollkommene (Nichtigkeit) und unvollkommene (Anfechtbarkeit), vollständige und unvollständige (relative, theilweise, bedingte, heilbare, nachfolgende, vorübergehende),

erkannte und nicht erkannte Unwirksamkeit und behandelt den möglicher Weise durch eine Unwirksamkeit herbeigeführten Schwebezustand (a. a. O. 113, 147, 159 f.). Derselbe statuirt neben empfangsbedürftigen sog. wahrnehmungsbedürftige Erklärungen (a. a. O. 71, 139).

4. Den Unterschied zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen findet Fritze im A.bürgR. **14** 181 ff. darin, daß ausdrückliche Erklärungen solche durch Worte, stillschweigende Erklärungen solche durch anderweite Erklärungsmittel seien. 203 ff., 215. Vgl. darüber auch Binder, Rechtl. Stell. d. Erben 90 ff.

Isay, Willenserkl. 27 ff. weist darauf hin, daß das BGB. eine wesentliche Scheidung zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärungen nicht kennt.

§ 116. 1. Manigk, Anwendungsgeb. d. Vorschr. f. Rechtsgesch. 115 macht darauf aufmerksam, daß der unter geheimen Vorbehalt Erklärende (im Gegensatze zu § 118) stets die Absicht haben müsse, den Empfänger über seinen wahren, inneren Willen zu täuschen. Im Gegensatze zu den anderen Fällen der Willensmängel ist beim geheimen Vorbehalte die Erklärung daher wirksam. Die Täuschungsabsicht, die zwar auch gutwillig sein kann, ist die ratio legis. Im § 118 darf Täuschungsabsicht nicht vorliegen, es wird vielmehr die Erwartung gefordert, daß der Mangel des Ernstes nicht werde verkannt werden.

2. § 116 ist auch auf konkludente Erklärungen anzuwenden. Vgl. Manigk, a. a. O. 70, 247 A. 1. 158 wird betont, daß Satz 2 von § 116 nicht auf empfangsbedürftige Erklärungen zu beschränken sei. Vgl. auch die allgemeinen Darlegungen über Willensmängel bei Manigk 244 ff., 161 ff., 157.

3. Der auf Grund einer nach § 116 Satz 1 rechtswirksamen Willenserklärung mit geheimen Vorbehalt abgeschlossene Vertrag kann vom Erklärungsempfänger auch dann nicht angefochten werden, wenn er hinterher von dem geheimen Vorbehalte Kenntniß erhält, wie das für das gem. Recht (von Regelsberger, Pand. **1** § 141, **2** 516) behauptet wird. Grueber in Seuff. Bl. **63** 447.

4. Nach Monich, Willenserkl. 45 ff., 150 f. bezieht sich S. 1 auf die Mentalreservation, S. 2 auf einen Fall der im Allgemeinen nicht behandelten Simulation.

§ 117. 1. Abs. 1 ist nur auf empfangsbedürftige Erklärungen anwendbar. Manigk, Anw. 175. Ebendort 170 ff. wird hervorgehoben, daß im Abs. 2 (Vorliegen eines dissimulirten Geschäfts) ein Gegensatz zu sämmtlichen anderen Fällen der Willensmängel enthalten ist. Während der divergirende innere Wille nämlich in den anderen Fällen der §§ 116 ff. die Wirksamkeit der Erklärung nur aufhebt, ohne daß jener selbst wirksam wird, so wird bei der Simulation das verdeckte Geschäft wirksam. Das erklärt sich daraus, daß der verdeckte Geschäftswille inter partes auch erklärt worden ist, während der divergirende Wille in den Fällen des geheimen Vorbehalts, Irrthums, Scherzes u. s. w. nicht zur Erklärung gelangt. Wäre der Geschäftswille auch inter partes nicht erklärt, so würde es an einem wirksamen dissimulirten d. h. „verdeckten" Geschäft ebenfalls fehlen.

2. Diese Vorschrift ist nicht zu beziehen auf Willenserklärungen, die — wie die Zustimmung der §§ 182 ff. und die Bevollmächtigung des § 167 — wahlweise gegenüber der einen oder anderen von mehreren bestimmten Personen abzugeben sind. Hupka, Vollmacht 129 ff.

3. Nach § 117 kann in Zukunft eine rein einseitige (nicht empfangsbedürftige) Willenserklärung (z. B. Ausschlagung einer Erbschaft) nicht mehr (wie z. B. nach Entscheidung des RG. bei Seuff. A. **42** Nr. 280) als simulirtes Rechtsgeschäft in Betracht kommen, dieselbe wäre vielmehr nach § 116 rechtswirksam. Grueber in Seuff. Bl. **63** 449.

4. Wienstein, Gruchots Beitr. **43** 329 vertritt im Gegensatze zur herrschenden Meinung den Standpunkt, daß die Fälle, in welchen man eine neue Ver-

werthung des Begriffes der fiducia erblickt, nur den Schein der Rechtsübertragung enthalten und sich lediglich daraus erklären, daß die hier allein in Betracht kommenden abstrakten Rechtsgeschäfte dem angeblichen Erwerber die Verfügungsmöglichkeit nach außen gewähren, daß aber ein Rechtsgeschäft, welches nach innen Mandat und nach außen Eigenthumsübertragung wäre, deshalb undenkbar sei, weil hier, in Anbetracht des Zusammenhanges des Rechtsgeschäfts mit seinem Grunde, dem Willen etwas Unmögliches zugetraut werde, daß er nämlich zugleich Eigenthum zu übertragen und nicht zu übertragen beabsichtige.

In Uebereinstimmung mit dieser Auffassung erkenne das Pandektenrecht die Möglichkeit der Eigenthumsübertragung lediglich durch den Willen, ohne gültiges Rechtsgeschäft, und im Falle des Putativtitels an.

Im Prozesse wäre nach Ansicht des Verf. dem wirklichen Rechtsverhältnisse dadurch Rechnung zu tragen, daß, wenn auch in den fraglichen Fällen die Sachlegitimation des angeblichen Eigenthumserwerbers (Zessionars, Inkassomandatars) nicht in Zweifel zu ziehen wäre, doch durch eine neu einzuführende Gesetzesvorschrift die Möglichkeit eröffnet werden müßte, demjenigen, welcher angeblich das Recht veräußert hat, den Eid zuzuschieben und seine Vernehmung als Zeuge auszuschließen.

§ 118. 1. Die Erwartung, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, braucht der Erklärende dem Erklärungsempfänger nicht zu offenbaren. Wenn man die Erkennbarkeit jener Erwartung verlangt, kommt man mit § 122 Abs. 2 in Konflikt. Dies begründet im Gegensatze zu anderen Autoren Manigk, Anwendungsgeb. d. Vorschr. f. Rechtsgesch. 114 ff.

2. § 118 ist auch bei konkludenten Erklärungen anzuwenden. Vgl. Manigk a. a. O. 71 f.

3. Isay, Willenserkl. 17, fordert, daß die „Erwartung" zum Ausdrucke gelangt sei.

Der im § 118 erforderte Mangel der Ernstlichkeit muß irgendwie objektiv aus den Umständen erhellen, die rein innerliche Erwartung, derselbe werde nicht verkannt werden, genügt nicht, weil sonst der bloßen Mentalreservation entgegen § 116 S. 1 doch die Kraft zukäme, die Willenserklärung nichtig zu machen. Die in Simulationsabsicht abgegebene Erklärung (§ 117) fällt stets unter § 118, wird aber die an § 118 geknüpfte Folge, den Erklärenden — nach § 122 — zum Ersatze des negativen Geschäftsinteresses zu verpflichten, nur bei nicht gelungener Simulation haben. Dagegen kann eine Willenserklärung mit geheimen Vorbehalt (§ 116) überhaupt nicht als Willenserklärung im Sinne des § 118 aufgefaßt werden. Grueber in Seuff. Bl. **63** 450.

4. Hellmann, Iherings J. **42** 432 will § 118 nicht auf Testamente, Erbschaftsannahme u. s. w., kurz alle sog. nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen beziehen. „Willenserklärung" sei nach dem Sprachgebrauch des BGB. nur die Willenserklärung, welche an denjenigen gerichtet ist, der von ihren Wirkungen betroffen werden soll (a. a. O. 448). Gegen ihn Isay, Iherings J. **44** 54.

§ 119. 1. Nach Gradenwitz, Anfecht. u. Reurecht beim Irrthume soll § 119 dem Irrenden ein Anfechtungsrecht wegen Irrthums, nicht aber ein Reurecht geben; daher ist nicht nur die Ansicht (Eck und Andere) zu billigen, welche Anfechtung verweigert, wenn der Gegner beweist, daß der Irrende auch bei Kenntniß der Sachlage, unverständig zwar, aber trotzdem gewollt hätte, sondern es ist der Gegner im Allgemeinen auch berechtigt, wenn durch die Anfechtung der vom Irrenden gemeinte Gegenstand erhellt, das Rechtsgeschäft auf diesen Gegenstand zu übertragen.

Nach Crome, Syst. **1** 421 sind die Kriterien des Geschäftsirrthums aus

§ 119 BGB. kaum zu entnehmen. Man muß vielmehr auf die einzelnen Arten des Dissenses (vgl. a. a. O. 422) eingehen und dieselben mit § 119 in Einklang bringen. Kasuistik s. 424 N. 2 a. a. O.

2. Für die Frage der Erheblichkeit des Irrthums komme es auch auf die persönlichen Verhältnisse des Irrenden an, aber nur so weit, als auch ein verständiger Mensch, wenn er in diesen persönlichen Verhältnissen steckte, die angefochtene Willenserklärung bei Kenntniß der Sachlage nicht abgegeben haben würde. Abzulehnen sei hingegen die Ansicht, daß der Irrthum allerdings nach der objektiven verständigen Verkehrsauffassung, aber zugleich auch nach der subjektiven (unverständigen) Anschauung des Irrenden erheblich gewesen sein müsse; diese Anschauung widerspreche dem Wortlaute des Gesetzes und wäre praktisch höchst bedenklich. Cosack 206. A. M. Eck, Vortr. 46.

Der Irrthum über Eigenschaften kann erheblich sein:

a) nach § 119 Abs. 1, wenn sie zum Inhalte der Erklärung gehören; dann kommt es darauf, ob die Eigenschaften im Verkehr als wesentlich angesehen werden, nicht an;
b) nach § 119 Abs. 2, wenn sie nicht zum Inhalte der Erklärung gehören, sondern nur stillschweigend vorausgesetzt werden und somit eigentlich nur als Bewegungsgrund in Betracht kommen, aber im Verkehr als wesentlich angesehen werden.

Zu verwerfen ist also die Ansicht, daß der Irrthum über Eigenschaften immer nur dann erheblich sei, wenn sie im Verkehr als wesentlich angesehen werden. Goldmann u. Lilienthal 89.

3. Als „Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden," können nicht alle gelten, die für die Entschließung der Partei ins Gewicht zu fallen pflegen, sondern nur diejenigen, die zur normalen Individualisirung des Vertragsgegners oder des Vertragsobjekts gehören, d. h. bei obwaltenden Zweifeln normaler Weise vertragsmäßig zugesichert zu werden pflegen. Der Irrthum bewirkt hier eine normale Gestaltung des Vertragsinhalts, und darin liegt die Rechtfertigung der Anfechtbarkeit. Die Bestimmung des § 119 Abs. 2 ist übrigens nur auf gegenseitige obligatorische Verträge, insbesondere auf den Kauf, berechnet und führt, wie man sie auch versteht, in der Anwendung auf andere Rechtsgeschäfte, zu großen Schwierigkeiten. Lenel, Iherings J. **44** 1 ff.

4. In den Jb. f. württ. Rechtspflege **10** 371 weist Schefold darauf hin, daß der Gegensatz zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthume zwar im § 119 beseitigt, im Uebrigen aber durch das ganze Gesetzbuch hindurch, so namentlich in den Vorschriften über Gewährleistung in Geltung geblieben ist.

Abs. 1. 5. Eck, Vortr. 45 ff. will die Frage, ob beachtlicher Irrthum vorliege, von zwei verschiedenen Standpunkten, nämlich vom subjektiven Standpunkte des Irrenden und vom objektiven der Verkehrssitte aus, beantwortet wissen. Er untersucht daher im konkreten Falle stets zweierlei:

1. Würde der Irrende bei Kenntniß der Sachlage die Erklärung thatsächlich abgegeben haben?
2. Würde er sie nach der allgemeinen Verkehrsanschauung haben abgeben dürfen?

und gewährt die Anfechtung nur bei Verneinung beider Fragen, versagt sie also, wenn er auch nur eine von beiden Fragen bejaht.

Demgegenüber läßt Muskat, Gruchots Beitr. **42** 769 ff. nur einen Standpunkt gelten, nämlich den des Erklärenden selbst, als eines den konkreten Fall verständig würdigenden Mannes. Muskat fragt lediglich:

Würde der Irrende bei Kenntniß der Sachlage die Erklärung verständiger

Weise — (d. h. unter Berücksichtigung einerseits der Verkehrssitte, andererseits seiner mit ihr etwa kollidirenden und sie alsdann zurückdrängenden berechtigten Interessen) — haben abgeben dürfen?

Im Bejahungsfalle sei die Anfechtung ausgeschlossen, im Verneinungsfalle zulässig. Nach Muskat's Ansicht ist also niemals zu untersuchen, wie der Irrende sich ohne den Irrthum in Wirklichkeit entschieden haben würde. Auf diese Eventualität komme es nicht an. Denn würde der Irrende auch ohne den Irrthum die Erklärung, wenngleich unverständiger Weise, abgegeben haben, so sei sie dennoch anfechtbar, weil er sie eben verständiger Weise nicht abgegeben haben würde, d. h. nicht hätte abgeben dürfen. Diese Meinungsverschiedenheit ist von großer praktischer Tragweite.

6. Abs. 1 enthält die Grundbestimmung über die rechtliche Behandlung des Irrthums. Danach kann eine Willensbestimmung nur angefochten werden wegen Irrthums über den Inhalt der Erklärung (Geschäftsirrthum) oder wegen Irrthums in der Erklärung, in dem der Erklärende eine so lautende Erklärung nicht abgeben wollte, sich versprochen oder verschrieben hat (übereinstimmend Eck, Vortr. 44 f.); nicht aber (abgesehen von speziellen Bestimmungen §§ 2078. 2281) wegen Irrthums in den Beweggründen. In beiden Fällen muß aber der Irrthum sowohl subjektiv, vom individuellen Standpunkte des Erklärenden, als auch objektiv, vom Standpunkte seiner verständigen Würdigung aus, für Abgabe der Erklärung bestimmend gewesen sein. Grueber in Seuff. Bl. 63 452 f., 461 ff.

Abs. 2. 7. Im Gegensatz zu Eck a. a. O., der die Beachtlichkeit des Eigenschaftswesens sowohl vom Standpunkte der Verkehrssitte als auch von dem des rein subjektiven Beliebens des Irrenden aus beurtheilt, erachtet Muskat (a. a. O. 777 ff.) den Eigenschaftsirrthum dann für beachtlich, wenn er sowohl nach allgemeiner Verkehrsanschauung als auch vom Standpunkte des verständigen Interesses des Irrenden aus wesentlich erscheint.

Bei Beurtheilung des Eigenschaftsirrthums nimmt also auch Muskat zwei verschiedene Standpunkte ein, aber niemals, wie Eck, den Willkürstandpunkt des Irrenden.

8. Nach Abs. 2 ist der Irrthum über verkehrswesentliche Eigenschaften nicht (wie Fischer-Henle meint) ein Irrthum über den Inhalt der Erklärung, sondern gilt als solcher Irrthum (§ 119 Abs. 1). Er kann daher nur angefochten werden, wenn er wie dieser subjektiv und objektiv für den Erklärenden bestimmend war. Grueber in Seuff. Bl. 63 463.

9. Den Irrthum des Verkäufers über das Eigenthum an der verkauften Sache erachtet Burchardt DJZ. 3 988 nicht als einen die Anfechtbarkeit der Willenserklärung begründenden Irrthum über den Inhalt der Erklärung. Vgl. v. Seeler, ebenda 4 16 f.

10. Nach Manigk, Anwendungsgeb. d. Vorschr. f. Rechtsgesch. 114 braucht der Irrthum nicht erkennbar zu sein. Er ist als innere Thatsache erheblich. — § 119 ist auch auf konkludente Erklärungen anzuwenden, a. a. O. 72.

11. Ueber die Schwierigkeit der Auslegung des § 119 vgl. Manigk a. a. O. 249 ff. Im § 119 seien drei Arten des Irrthums berücksichtigt: Irrthum im Bewußtsein (error in faciendo), in der Absicht (in iudicando) und im Motiv (a. a. O. 272). — Irrthum über den Inhalt der Erklärung ist nach Manigk (250 ff.) Irrthum über den objektiven Sinn und die Bedeutung der Erklärung im Verkehre. Das „überhaupt nicht abgeben wollen" bedeute hingegen die Irrthümer im Bewußtsein, indem dem Erklärenden hier die seine Erklärungshandlung normaler Weise begleitende Vorstellung von ihrer Vornahme „überhaupt"

fehle (251). Vgl. über das Verhältniß des § 119 zu § 105 Abs. 2 Manigk 252 f.

12. Nach Manigk 258 ff. ist der Abs. 2 des § 119 kein Anwendungsfall des Abs. 1, enthält vielmehr die besondere Art des Irrthums im Motive. Vgl. über den Begriff des Motivs Manigk 259 ff., auch 118, 274.

Der im § 119 nicht besonders erwähnte Irrthum über die Identität des Geschäftsobjekts ist nach Manigk 265 f., auch Irrthum im Motive.

13. Inwiefern beim Irrthume der Wille von der Erklärung divergirt und inwiefern nicht, legt Manigk 244 ff., 255 A. 1, 269 dar.

14. Der im § 119 Abs. 1 behandelte Irrthum besteht in der irrthümlichen Voraussetzung der Identität zwischen dem Erklärten und Vorgestellten. Sonst ist die irrthümliche Voraussetzung allgemein nur von Bedeutung, wenn sie stillschweigend zur Bedingung des Geschäfts gemacht ist. Ebbecke, Grundsätze 36.

15. Monich, Willenserkl. 55 ff., 66 ff., 153 ff. will scharf unterscheiden zwischen Entschließungs- und Erklärungsirrthum, Gestaltungs- und Absichtsirrthum, verwirft dagegen die Begriffe Rechtsirrthum, Irrthum in der Sache und im Beweggrunde. Er hält die Fassung des Gesetzes für verfehlt.

16. Zum „Inhalt einer Willenserklärung" gehören die Punkte, deren dem Wesen und Zwecke des Rechtsgeschäfts entsprechendes Vorhandensein in dem Maße von den Parteien gewünscht wird, daß ohne sie das vorliegende Geschäft nicht mehr als das beabsichtigte oder abgeschlossen geglaubte angesehen werden kann. Dann ist ein Zustimmungsmangel vorhanden, der das Geschäft anfechtbar macht. Haben die Parteien sich aber gar nicht über einen Punkt geeinigt, so ist er nicht verfehlt, sondern er fehlt, das Geschäft ist nicht qualitativ, sondern quantitativ gemindert, es hat eine Lücke. Vgl. § 155. Dafür wird der Ausdruck „Bestimmungsmangel" vorgeschlagen von Bruck, Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte 38 f.

17. Der Irrthum über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Türk in Gruchots Beitr. **43** 549 ff.

a) Dieser Irrthum ist ein nach § 119 Abs. 1 BGB. zu beurtheilender Irrthum über den Inhalt der Erklärung, wenn die Zahlungsfähigkeit ausdrücklich zugesichert ist (556, 557).

b) Ist die Zahlungsfähigkeit nur stillschweigend vorausgesetzt, so richtet sich der Irrthum nach § 119 Abs. 2 (556, 557). Die Zahlungsfähigkeit ist eine Eigenschaft des Schuldners, wenn sie zum Wesen seiner Person gehört, insofern von ihr seine Eignung und Schätzung als Kontrahent für das betreffende Vertragsverhältniß abhängt. Wann dies der Fall ist, ist nur konkret, aber nach der hierfür vom Gesetze gegebenen objektiven Norm, der Verkehrsanschauung, zu entscheiden (554, 555). Vom Verkehr in diesem Sinne als wesentlich angesehen wird die Zahlungsfähigkeit des Schuldners bei Kreditgeschäften (559, 560), indessen nicht im Verkehre des gewöhnlichen Lebens, soweit es sich um nothwendige Lebensbedürfnisse des Schuldners handelt (560, 561). Als wesentlich gilt sie ferner in der Bedeutung geordneter Vermögensverhältnisse, bei Geschäften, welche die Vertrauenswürdigkeit des Gegenkontrahenten zur Voraussetzung haben, ohne daß eine Zahlungspflicht unmittelbar in Frage steht (562 f.). Stets als wesentlich anzusehen ist die Zahlungsfähigkeit des Bürgen (563), während dem Verkehre die Zahlungsfähigkeit des Miethers oder des Dienstberechtigten nicht als wesentlich gilt (561).

c) Wirkung dieses Irrthums bei Kreditgeschäften. Die dem Irrenden gegebene Anfechtungsbefugniß erstreckt sich auf das ganze Geschäft. Es läßt sich daher bei Kreditgeschäften die Anfechtung nicht bloß auf die Kreditzusage beschränken, und es kann diese allein nicht einseitig zurückgezogen werden

(vgl. auch § 139 BGB.). Der anfechtende Gläubiger, der bereits vorgeleistet hatte, kann nur Herausgabe des seinerseits Geleisteten verlangen, nicht die ihm ursprünglich geschuldete Leistung ohne Rücksicht auf das eingeräumte Ziel. Es läßt sich aber mit der Klage auf Herausgabe des Geleisteten der eventuell auf Werthersatz gerichtete Antrag verbinden, womit dem Interesse des Gläubigers genügend gedient ist (564 ff.). Aehnlich Regelsberger, Jherings J. **40** 478 ff.

Die Zahlungsfähigkeit des Empfängers bildet bei der vertragsmäßigen Zusicherung der Anvertrauung erheblicher Vermögenswerthe ein wesentliches Moment des Vertrags; der Irrthum des Kreditverleihers über den Mangel dieser Eigenschaft macht den Vertrag anfechtbar.

Der Irrthum über die Vermögensverhältnisse des Gegenkontrahenten ist dann als Irrthum über den Inhalt der Erklärung gemäß § 119 Abs. 2 BGB. anzusehen, wenn günstige Vermögensverhältnisse ausdrücklich oder „nach den Begriffen des Verkehrs oder nach der Gewohnheit oder Denk- und Lebensauffassung beider Parteien stillschweigend" (Kohler, Jur. Literaturbl. **99** 35) als Voraussetzung des Rechtsgeschäfts erklärt wurden. Es entscheidet also die Vereinbarung in concreto, nicht aber ist die Frage mit Lenel, Jherings J. **41** 22 f. dahin zu stellen, ob in abstracto derartige Verhältnisse gewöhnlich zum Gegenstand ausdrücklicher Vereinbarung bei ähnlichen Veranlassungen gemacht werden. Silberschmidt, Seuff. Bl. **02** 149 ff. Vgl. auch OLG. **3** 39 ff. (Breslau) **4** 9 ff. und OLG. Stuttgart, DJZ. **01** 192.

18. Aus der Judikatur: OLG. **2** 250 (Posen): Ein beachtlicher Irrthum liegt vor beim Irrthum über die Höhe des angebotenen Preises. OLG. **3** 40 (Hamburg): Eine Preisofferte, die auf Grund irrthümlicher Kalkulation gestellt ist, kann nicht auf Grund von § 119 BGB. angefochten werden, denn es liegt kein Versehen im Gebrauche der Ausdrucksmittel für die Erklärung, sondern ein Versehen, das der Erklärung vorangegangen ist, vor. Es läßt sich daher nicht sagen, daß der Kläger eine Erklärung, wie sie in der Preisofferte liegt, nicht habe abgeben wollen.

Auch über den Inhalt der Erklärung hat er sich nicht im Irrthume befunden, vielmehr, durch falsche Kalkulation bewogen, den Preis gefordert, den er auch fordern wollte. Es liegt Irrthum im Beweggrunde vor.

Befinden sich in einer (z. B. ohne Prüfung des Inhalts unterzeichneten) Urkunde Erklärungen, welche der Erklärende nicht abgeben wollte, so haben diese Erklärungen, wenn festgestellt wird, daß sie gleichwohl abgegeben sind, rechtlichen Bestand, sofern sie nicht rechtzeitig wegen Irrthums angefochten werden. Jene Theile des Urkundeninhalts wären nur dann auch ohne Anfechtung nicht rechtsbeständig, wenn sich — im Wege der Auslegung oder sonst — darthun ließe, daß sie überhaupt nicht rechtsgeschäftlich erklärt worden sind. RG. JW. **01** 493.

Ein Irrthum über die Rechtsfolge einer Erklärung ist unbeachtlich. RG. **51** 281, JW. **02** Beil. 238.

19. Zu Abs. 2. Ueber den Begriff der Sache in diesem Paragraphen siehe Heilborn, Gruchots Beitr. **46** 791.

§ 120. Der bloße Bote ist kein Stellvertreter; ebenso wenig der Mäkler, der Verfasser einer Erklärung, der Ersatzmann und Kommissionär. Es beruht hierauf die Anforderung an die Geschäftsfähigkeit dieser Personen und die Haftung für deren Verschulden. Monich, Willenserkl. 148, 156.

§ 121. 1. Im Anschluß an Eck, Vortr. 49 wird betont, daß unter Umständen der Klage aus dem im Irrthum abgeschlossenen Geschäfte exceptio doli entgegenstehen könne, obwohl die Anfechtung nicht unverzüglich stattgefunden hat. Grueber, Seuff. Bl. **63** 465.

2. Nicht jede Verzögerung ist eine schuldhafte, der Irrende kann sich durch

den Nachweis exkulpiren, daß von ihm nicht zu vertretende Umstände den Aufschub veranlaßten. Darüber hinaus eine verspätete Anfechtung zuzulassen, wenn der Irrthum dem Anfechtungsgegner bekannt war, fehlt es an jeder gesetzlichen Handhabe; nur wenn letzterer die Verspätung selbst verursacht, um sie dem Irrenden entgegenzusetzen, würde die exc. doli generalis Platz greifen können. Bendix, Privatr. 134. Vgl. dazu RG. in Puchelts 3. **33** 65.

3. Wird die Anfechtungserklärung verzögert, so hat der Anfechtende darzuthun, daß ihm kein Verschulden zur Last fällt. Der Begriff des schuldhaften Zögerns ist ein Rechtsbegriff; deshalb ist dem Revisionsgerichte die Prüfung der Frage, ob schuldhaftes Zögern vorliege, nicht entzogen. RG. v. 25. 9. 01, JW. **01** 766. RG. **49** 392. RG. v. 21. 12. 01, JW. **02** 122.

§ 122. 1. Hachenburg, Vortr. 42 f. hält zur Bestimmung der rechtlichen Natur des Schadensersatzanspruchs das Zurückgehen auf culpa in contrahendo nicht für ausreichend, da eine culpa nicht vorausgesetzt werde. Es handele sich vielmehr um den Schutz des guten Glaubens.

2. Fleck, A.bürgR. **15** 395 ff. betont, daß auch bei absichtlicher Entstellung durch den Boten der Herr hafte.

3. Der Ausdruck „Klarheitsinteresse" — der dem anderen „Erfüllungsinteresse" entspricht — wird statt des üblichen „negatives Vertragsinteresse" vorgeschlagen von Leonhard, Vertretung b. Fahrnißerwerbe 101.

4. Spricht das BGB. von Dritten, so setzt es stets den Abschluß eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts voraus, an welchem der Dritte nicht als Hauptperson betheiligt ist. Da er vielfach, z. B. bei der Zession, ferner gemäß §§ 328 ff., 182 bzw. 664 numerisch Vierter bzw. Zweiter ist, so muß man den terminus Dritter relativ auffassen. Bruck, Anfechtbarkeit 59 f.

5. Für die Beurtheilung der Willensfähigkeit als Voraussetzung der von Verschulden unabhängigen Haftung und der Haftung eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten bietet § 179 Abs. 2 einen Fingerzeig. Neumann, Festgabe f. Wilke 221.

6. Auf Grund einer nichtigen oder anfechtbaren Einigung im Sachenrechte tritt die Schadensersatzpflicht nicht ein. Bruck, Einigung 15, 56.

Weitere Literatur: Brock, Das negative Vertragsinteresse.

§ 123. Planck, Der Begriff der Widerrechtlichkeit im § 123 des BGB. (Festgabe d. Götting. Jur.-Fakultät f. Regelsberger).

1. Die Voraussetzungen der Anfechtung eines Rechtsgeschäfts wegen Drohung stellt v. Blume, Jherings J. **38** 227 ff. fest. „Erheblichkeit" der Drohung im Sinne des römischen Rechtes fordert das Gesetz nicht. Um so sorgfältiger wird der Richter zu prüfen haben, ob die behauptete Drohung wirklich bestimmend auf den Willen gewirkt hat (238).

Nicht widerrechtlich im Sinne des § 123 ist eine Drohung:

1. wenn der Drohende ein Recht auf die erzwungene Willenserklärung hatte,
2. wenn der Drohende berechtigt war, die Drohung auszuführen.

Die Drohung wird aber stets dadurch widerrechtlich, daß ihre Anwendung zum Zwecke der Herbeiführung der konkreten Willenserklärung gegen die guten Sitten verstößt. v. Blume 253 ff.

Die Drohung kann den erzwungenen Vertrag nicht nur anfechtbar nach § 123, sondern nichtig nach § 138 machen, weil die Annahme der erzwungenen Willenserklärung gegen die guten Sitten verstößt. Auch kann das erzwungene Rechtsgeschäft nach § 105 Abs. 2 und nach § 116 nichtig sein. v. Blume 258 ff.

2. Abs. 2 S. 2 findet nach Hellwig, Verträge 285 ff. keine Anwendung bei Verträgen auf Leistung an Dritte. Ein wirklicher Anwendungsfall findet sich bei der Schuldsukzession. Hellwig 170 Note 337.

3. Arglistige Täuschung kann einen Irrthum über den Inhalt (Geschäftsirrthum) oder über verkehrswesentliche Eigenschaften oder im Beweggrunde hervorrufen. Daher ist in jedem dieser Fälle Anfechtung nach § 123 zulässig, obgleich im ersten und zweiten Falle auch Anfechtung nach § 119 begründet sein kann. Grueber, Seuff. Bl. **63** 467 ff.

Die Erheblichkeit der Täuschung hängt nicht von dem Vorliegen irgend einer im § 119 normirten Voraussetzung ab. Jede arglistige Täuschung erzeugt die Anfechtbarkeit. Manigk, Anwendungsgeb. d. Vorschr. f. Rechtsgesch. 279.

Eine Vollmachtserklärung ist wegen arglistiger Täuschung anfechtbar, wenn auch nur einer der Betheiligten — der Bevollmächtigte oder der Vertretungsgegner — die Täuschung verübt hat oder die von einem Dritten verübte Täuschung kannte oder kennen mußte. Gleichgültig ist hierbei, ob die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten oder durch Erklärung gegenüber dem Vertretungsgegner ertheilt worden war. Hupka, Vollmacht 149 ff. gegen Planck, Komm. zu § 167 Nr. 4.

4. Für die Anfechtung wegen Drohung kommt es rein subjektiv nur darauf an, daß der Wille des Bedrohten zur Willenserklärung bestimmt worden ist. Grueber, Seuff. Bl. **63** 469 ff.

Im Falle der Drohung divergirt die Erklärung vom Willen. Vgl. hierüber Manigk 280 ff. Deswegen und weil von einem schutzwürdigen Interesse auf Seiten des Drohenden nicht die Rede sein könne (im Gegensatze zu § 119), empfiehlt Manigk 284 de lege ferenda Statuirung der Nichtigkeit der erzwungenen Erklärung.

Ueber den Begriff der vis absoluta vgl. Manigk 239, 242.

Die „exceptio doli generalis" ist im BGB. nicht anerkannt, Gareis, Allg. Th. 151, aber durch die Fassung des § 226 (Chikaneverbot) ist doch bis zu einem gewissen Grade etwas Aehnliches geschaffen. Gareis a. a. O. 260, 261.

5. Eine exceptio doli ist nach bürgerlichem Rechte nur zulässig, wo dem Kläger wirklich Arglist vorgeworfen werden kann, nicht aber schon dann, wenn ein Rechtssatz unbillig erscheint. Leonhard, Iherings J. **41** 29.

Ueber die exceptio doli generalis vgl. noch Schneider, Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des BGB. 29 ff.

Aus der Judikatur zu § 123: Ob im Handel in der Benutzung des Irrthums des anderen Theils über Umstände, die für die Preisbemessung wichtig sind, ein Verstoß wider Treu und Glauben liegt, beurtheilt sich nach den Umständen des einzelnen Falles. OLG. **2** 500 (Hamburg). Vgl. auch **4** 204 (Hamburg).

Der Versicherungsnehmer hat ganz besonders nach der Natur des Versicherungsvertrags ein Recht darauf, daß der Versicherer bei Bemessung der Prämie nicht unredlich verfährt, d. h. sich nicht offenbar Unkenntniß des Versicherungsnehmers von einem das Risiko erheblich verringernden Umstande, den er durch Zufall schon kennt, arglistig zu Nutze macht. OLG. **2** 501 (Hamburg).

Die Anfechtung eines Vertrags wegen Betrugs kann nicht darauf gestützt werden, daß der Vertragsgegner bei Abschluß zwar die Absicht seine Vertragspflichten nicht zu erfüllen gehabt, diese aber verheimlicht hat. **RG. 48** 282.

§ 125. Literatur: Lobe, Die Form der Rechtsgeschäfte.

1. Auch ein Prozeßvergleich, sofern er abredegemäß zu gerichtlichem Protokoll errichtet werden soll, entbehrt im Zweifel bis zu seiner formellen Errichtung der Wirksamkeit, mag auch rücksichtlich seines materiellen Inhalts schon vorher volles Einverständniß erzielt sein. Bendix, PosMschr. **5** 69, 70.

2. Aus den Umständen, auch den erst nachträglich hervortretenden, z. B. der widerspruchslosen Annahme der formlosen (anstatt einer rechtsgeschäftlich verordneten schriftlichen) Kündigung, kann erhellen, daß die Form nur der Beweis-

kraft halber, nicht als Essentiale vorgeschrieben war. Dies gilt auch, wenn rechtsgeschäftlich eine besonders formelle, z. B. gerichtliche oder notarielle, Beurkundung eines Vertrags bestimmt war und nur eine schriftliche Aufzeichnung erfolgte (Punktation); eine solche enthält alsdann im Zweifel noch kein bindendes Abkommen, so daß daraus weder auf formelle Redigirung noch auf Erfüllung Klage erhoben werden kann (anders nach bisherigem pr. R. ObTrib. **67** 64, Strieth. A. **83** 306). Bendix, Privatr. 146.

3. Ist ein Rechtsgeschäft mangels Beachtung der gesetzlich geforderten Form nichtig, so giebt es aus dem formlosen Geschäft auch keine Klage auf Vollziehung der Form. **RG.** v. 21. 12. 01, JW. **02** 123. **RG. 50** 47.

4. Abreden vor, bei oder nach Abschluß eines schriftlichen Vertrags sind

I. nichtig, wenn für den Vertrag gesetzlich eine Form vorgeschrieben ist. Jedoch kann ein solcher Vertrag durch mündliche Abrede aufgehoben werden, wenn nicht auch für die Aufhebung eine Form bestimmt ist. Die mündlichen Abreden können aber dienen a) zur Auslegung zweifelhafter oder unklarer Bestimmungen der Vertragsurkunde, b) zur Begründung des Einwandes, daß etwas Anderes als gewollt beurkundet oder das Beurkundete unter dem Einfluß eines Willensmangels zu Stande gekommen sei;

II. als ungültig zu vermuthen, wenn die Form des Vertrags auf Vereinbarung der Vertragschließenden beruht. Jedoch ist der Gegenbeweis zulässig, daß nach der Willensmeinung der Parteien die Gültigkeit des Vertrags von der vereinbarten Form nicht abhängen, und namentlich die mündliche Nebenabrede auch dem schriftlichen Vertrage gegenüber, sei es als Abweichung oder Abänderung aufrecht erhalten bleiben solle. Bezüglich der Aufhebung ist dasselbe wie zu I zu sagen. Brückner, R. **00** 342 ff. gegen Planck N. 4 zu § 125 und Cosack 187 Z. 3.

5. Nichtig sind Vorverträge, welche der für den Hauptvertrag vorgeschriebenen Form ermangeln. **RG.** v. 17. 5. 01, JW. **01** 474. **RG.** v. 24. 4. 01, JW. **01** 382.

6. Gläßing, CBlFrG. **1** 831 ff. Auch im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist der Nichtigkeitsbegriff des Civilrechts anzuerkennen im Gegensatze zum modernen Prozesse, welche das Prinzip der absoluten Nichtigkeit durch den Grundsatz der formalen Geltung des Urtheils verdrängt hat. Eine analoge Anwendung prozeßrechtlicher Grundsätze im Gebiete der freiw. Gerichtsbarkeit ist im Gegensatze zu Schefold, A.civPr. **87** 453 ff. nur in bestimmten Fällen des neuen Rechtes anzuerkennen, so

1. nach § 7 des Reichsges. über die Angeleg. d. FrG. v. 17. 5. 1898, da die Nichtigkeit als Folge einer zwingenden Vorschrift hohe Gefahren für die Rechtssicherheit mit sich geführt hätte;
2. nach der GBO. §§ 10, 71 Abs. 2;
3. nach §§ 456, 457 BGB.; das Verbot gilt auch für Gerichtsvollzieher und andere mit der Vornahme einer öffentlichen Versteigerung betraute Personen und hat nur die Anfechtbarkeit nach § 458 zur Folge;
4. nach § 14 Abs. 4 und § 10 des Ges. v. 25. 5. 1877, § 10 des Ges. v. 7. 4. 1891 des Patentrechts.

Wie aus der Entstehungsgeschichte des § 7 des Reichsges. v. 17. 5. 1898 hervorgeht, liegt ein Kompromiß für einen bestimmten Fall vor; es ist anzunehmen, daß, abgesehen von den angeführten Fällen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die Geltendmachung der Nichtigkeit von der CPO. verschieden ist, also eine eo ipso durch sich wirkende Nichtigkeit vorhanden ist. In dieser Hinsicht sind als praktische Fälle zu nennen:

1. die Rechtshandlungen des sachlich unzuständigen Gerichts nach § 32 FrG.

2. das Urkundsrecht nach §§ 169, 174, 175, 170, 171, 172 und nach Landesrecht § 200 2 FrGG. in Verbindung mit Art. 151 EG. z. BGB.
3. die Antragserfordernisse im Vereinsrecht und der Nachlaßbehandlung nach Reichs- und Landesrecht.
4. die Verletzung zwingender Vorschriften des materiellen Rechtes, insbesondere auch im Gebiete des neuen Familien- und Vormundschaftsrechts.

Nur in einer Hinsicht ist auch im Gebiete der neuen freiwilligen Gerichtsbarkeit die Annäherung an das Prozeßrecht anzuerkennen; es muß aus praktischen Gründen nach § 23 FrGG. die Aufhebung einer an sich nichtigen Verfügung zugelassen werden.

Aus der Judikatur: Formvorschriften gegenüber versagt die Berufung auf Treu und Glauben. **RG.** CBlFrG. **3** 178. Die Form der gerichtlichen Beurkundung wird gewahrt durch Abschluß eines prozeßgerichtlichen Vergleichs. **RG. 48** 183; JW. **01** 473.

§ 126. 1. Die einfache Schriftform (BGB. § 126) steht auch den Blinden zu.

2. Zur Erfüllung der Schriftform des § 126 BGB. ist sowohl bei der einseitigen als bei der doppelseitigen Schriftform erforderlich, daß die unterzeichnete Urkunde Alles enthält, was als schriftlich erklärt werden soll. Für dasjenige, was nicht in der unterzeichneten Urkunde steht, ist die Schriftform nicht gewahrt. Die Errichtung mittelst Briefwechsels ist danach auch bei der einseitigen Schriftform nur zulässig, wenn der vom Erklärenden unterschriebene Brief in sich allein den ganzen Inhalt des Versprechens enthält, nicht wenn er nur den Inhalt des Briefes des Gegenkontrahenten zu bestätigen erklärt.

3. § 126 BGB. verlangt, daß der Aussteller „eigenhändig" unterschreibt. Danach ist die Leistung der Unterschrift durch einen Beauftragten unzulässig und unverbindlich. Die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung, sei es der Unterschrift oder des Handzeichens, erfüllt dagegen die Erfordernisse des § 126 auch dann, wenn Jemand hierbei eine von ihm nicht herrührende Unterschrift fälschlich als die seinige anerkannt haben sollte. Jastrow, Formularbuch und Notariatsr. Thl. II 2 u. 3 und Th. I 72 Anm. 19.

4. Die Unterschrift hat die Person des Ausstellers so zu kennzeichnen, daß über die Identität kein Zweifel besteht; unter dieser Voraussetzung sind Differenzen in Vor- und Zunamen bedeutungslos. Strieth. A. **58** 348. Der gesetzliche oder bevollmächtigte Willensvertreter muß mit seinem Namen unterzeichnen. Bendix, Privatr. 140 f.

5. Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung gehört nach Reichsrecht zu den allgemein zugelassenen Formen der Rechtsgeschäfte. Die Parteien können sich ihrer überall bedienen, wo nicht durch Spezialgesetz eine ausschließliche andere Form bestimmt ist. Die Landesgesetze müssen deshalb entweder Gerichte oder Notare für die Beurkundung der Rechtsgeschäfte nicht bloß in denjenigen Fällen, in welchen die Reichsgesetze die gerichtliche oder notarielle Form vorschreiben, sondern allgemein zur Verfügung stellen. Jastrow in Buschs Z. **25** 524.

6. Die Namenszeichnung ist nicht Ausfluß der Persönlichkeit. Daher ist der Vertreter, der nach § 164 Abs. 1 Satz 1 eine Willenserklärung im Namen des Vertretenen mit Wirksamkeit für und gegen den Vertretenen abgeben darf, wie er mündlich den Vertretenen als solchen benennen darf, als befugt anzusehen, in den im § 126 Abs. 1 bestimmten Fällen den Namen des Vertretenen zu unterschreiben, obgleich dort eigenhändige Unterschrift verlangt wird. Marcus R. **00** 10. Gegen Planck N. 2 zu § 126 und Rehbein 156, Müller, DJZ. **00** 497 f. Marcus beistimmend Heuer DJZ. **00** 493, welcher die Ansicht

Staubs für das Wechselrecht (zu Art. 4 WO.) bekämpft, daß der Vertreter allein den Namen des Vertretenen zeichnen darf. Vgl. dens. auch DIZ. **00** 338.

Der Vorschrift im § 126 Abs. 1 ist genügt, wenn bei gesetzlich vorgeschriebener Schriftform der bevollmächtigte Vertreter nur mit dem Namen des Vertretenen unterschreibt. **RG.** IW. **02** 123. **RG. 50** 51. Vgl. auch OLG. **2** 389 (Breslau), **3** 350 (Hamm), **4** 209 (Königsberg), aber auch **2** 51 (Marienwerder).

7. Ein an sich der Schriftform bedürfender Vertrag bedarf als Theil eines gerichtlich geschlossenen Prozeßvergleichs nicht der Unterschrift der Parteien unter dem Vergleichsprotokolle. **RG.** IW. **01** 474.

8. Obwohl § 126 Abs. 2 die Tendenz verfolgt, den Vertragsschluß durch bloße Korrespondenz zu behindern, so macht er ihn doch keineswegs unmöglich. Auch ist Vertragsschluß durch gewechselte, gleichlautende, unterschriebene Telegramme ausführbar. Dem kann Goldmann u. Lilienthal **1** § 41 Anm. 25 nicht entgegenhalten, die Unterschriften der Telegramme seien für das Telegraphenamt bestimmt, nicht für die andere Partei. Aber darauf kommt es nicht an, wo die Urschriften bleiben. Die in dem Telegramme beurkundeten Erklärungen mit Unterschrift sind zweifellos für die andere Partei bestimmt, welcher sie in Abschrift mitgetheilt werden. Dernburg, BGB. **1** 414 u. Anm. 22.

9. Die Wirksamkeit von Anträgen und Erklärungen, die in Angel. d. freiwill. Gerichtsbark. dem Gerichte schriftlich eingereicht werden, ist durch eigenhändige Unterschrift der Betheiligten nur dann bedingt, wenn durch den Mangel der Unterschrift die Ernstlichkeit der Erklärung in Zweifel gestellt wird. Josef, Komm. z. Reichs- u. preuß. FrG. Anm. 2 a. E. zu § 11.

10. Ist eine gerichtliche oder notarielle Urkunde als solche ungültig (z. B. weil Hülfspersonen für Gebrechliche nicht zugezogen, der Beamte gesetzlich ausgeschlossen, das Protokoll nicht vorgelesen war), aber von den Betheiligten unterschrieben, so hat die Urkunde die Wirksamkeit einer privatschriftlichen Erklärung; sie ist danach, wenn für die Erklärung die gerichtliche oder notarielle Form gesetzlich vorgeschrieben ist (so bei vollstreckbaren Urkunden, Grundstücksverkäufen), ganz unwirksam. Aber auch wo die gewählte Form nur auf Abrede beruht, muß der, der aus der ungültigen öffentlichen Urkunde Rechte als einer privatschriftlichen herleiten will, die Vermuthung der §§ 125 Satz 2 und 154 Abs. 2 widerlegen, also etwa beweisen, daß die vereinbarte förmliche Urkunde nur dazu bestimmt war, den Beweis des mündlich als bindend geschlossenen Vertrags zu sichern. — Ist die ungültige Urkunde nicht unterschrieben, sondern nur die angebliche Schreibensunkunde im Protokoll festgestellt (§ 177 Abs. 2 FrG.), so ist die Urkunde auch nicht als privatschriftliche gültig; denn jene Feststellung ersetzt nur die Unterschrift des über die gerichtliche oder notarielle Beurkundung als solche aufgenommenen Protokolls, setzt also eine rechtsgültige Beurkundung in jener Form voraus. — Als gerichtlich oder notariell beglaubigt kann eine als solche ungültige gerichtliche oder notarielle Urkunde niemals gelten, weil der Beglaubigungsvermerk fehlt. Josef Anm. 6 zu § 169; Zus. I zu § 170; Anm. 3b zu § 177; Zus. II zu § 183.

§ 128. 1. Wo das Gesetz gerichtliche oder notarielle Beurkundung eines Vertrags vorschreibt, da bedarf auch die Vertragsofferte zur Bindung des Offerenten gerichtlicher oder notarieller Beurkundung. Jastrow, Th. II 8.

Werden Offerte und Annahme getrennt beurkundet, so kommt der Vertrag mit der Beurkundung der Annahme auch ohne Kenntniß das Offerenten hiervon zu Stande. Der Offerent, welcher dem vorbeugen will, muß in der Offerte die Art der Annahme näher vorschreiben. Th. II 6. Setzt er einen bestimmten Tag oder eine bestimmte Frist, bis zu welchem oder bis zu deren Ablauf er nur gebunden sein will, so kommt der Vertrag nicht zustande, wenn der Offerent bis

zu dem betr. Zeitpunkte keine Kenntniß von der formgerechten Annahmeerklärung erhält. **RG. 49** 131.

Wo bestimmt ist, daß ein Vertrag nur „bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Theile" geschlossen werden kann (Ehevertrag, Annahme an Kindesstatt, Erbvertrag u. A.), da ist ein bindender Vertragsantrag überhaupt nicht möglich. Th. II 9.

2. Insoweit nach dem BGB. in Angel. der freiwill. Gerichtsbark. Erklärungen „gegenüber dem Gericht" abzugeben sind oder eine Anzeige oder Anmeldung bei dem Gericht erfordert wird, können diese Erklärungen u. s. w. zum Protokoll des Gerichtsschreibers des zuständigen Gerichts, ebenso aber auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers eines beliebigen Amtsgerichts erfolgen; letzterer hat sie dem zuständigen Gericht zu übersenden. Josef, Komm. z. Reichs- u. preuß. FrG. Anm. 2 zu § 11.

3. Von der im EG. z. BGB. Art. 141 gewährten Befugniß, bestimmen zu dürfen, daß für die Beurkundung nur die Notare zuständig sind, hat Baden in merkwürdiger Weise Gebrauch gemacht. Es hat die Notare zugleich im Wesentlichen auf Gehalt gesetzt; die Gebühren fließen in die Staatskasse. Damit ist das Verhältniß zwischen Requirent und Notar aus dem Auftragsverhältnisse herausgerückt und erscheint als ein solches, in dem der Antragende von dem Staate die Beurkundung verlangt. Man darf sich fragen, ob die so zu Stande gekommenen Urkunden den Begriff der notariellen Urkunde des BGB. noch decken. Dem BGB. liegt der Gedanke zu Grunde, daß der Wille zur Erklärung führe und diese eine feierliche Form annehmen könne. Nimmt die Erklärung das Gewand der notariellen Urkunde, so muß Jeder, der sich auf die mit dem Worte bisher verbundene Sprachbedeutung verlassen darf, glauben, der Erklärende habe einen vertrauten, gegen Gebühr entlohnten Interpreten gefunden. Es ist von Wichtigkeit, wenn man sich hierin irrt. Ist die notarielle Urkunde nicht das, was ihr Name nach dem mit dem Worte Notar gemeinhin verbundenen Begriff zu sein vorgiebt, so darf sie auch diesen Namen nicht führen. In Baden segelt somit unter der falschen Flagge der notariellen die ausschließlich gerichtliche Urkunde. Carlebach, Ztschr. d. dtsch. Notarvereins **01** 167.

§ 129. Nachträgliche Zusätze in den Text einer notariell beglaubigten Urkunde, welche wegen Fehlens einer wesentlichen Erklärung zurückgegeben worden ist, bedürfen öffentlicher Beurkundung. KG. Entsch. in Angel. d. freiw. Ger. **2** 121., KG. Jb. **22** A 125.

§ 130. 1. Nach Leonhard, Iherings J. **41** 1 ff. rechtfertigt sich die Vorschrift aus folgenden Gründen: Dem Empfänger kann die Gefahrtragung für die Nachricht nicht eher zugemuthet werden, als bis sie in seine Machtsphäre gekommen ist. Der Absender will andererseits so lange die Macht über seine Erklärung behalten, bis der Gegner für ihren Verlust haftet (33 ff.).

Entscheidend ist für das Zugehen, daß die Erklärung in die Gewalt des Adressaten oder seines Bevollmächtigten kommt (36 ff.).

§ 130 ist nicht so zu verstehen, als ob das Zugehen in allen Richtungen maßgebend sei. Nicht nur die Voraussetzungen der Gültigkeit, sondern auch der Wirksamkeit richten sich vielmehr nach dem Augenblicke der Absendung. Und auch nicht für die Datirung des Geschäfts entscheidet immer die Ankunft (49 ff.).

2. § 130 beschränkt die Empfangstheorie nicht auf Willenserklärungen unter Abwesenden, da er über Willenserklärungen unter Abwesenden überhaupt keine Bestimmung trifft. Wesentliche Unterschiede bestehen dagegen unter mündlichen und schriftlichen Erklärungen, einerlei ob sie unter Anwesenden oder unter Abwesenden er folgen. Die schriftliche Erklärung bleibt dem Empfänger und giebt ihm die dauernde Möglichkeit der Kenntnißnahme. Die mündliche Erklärung kann dagegen nur im Augenblicke des Sprechens wahrgenommen werden und

nur an den in Hörweite befindlichen Empfänger erfolgen. Durch die Mittheilung an eine dritte (zur Empfangnahme nicht bevollmächtigte) Person (Hausgenosse &c.) kommt die mündliche Erklärung nicht zu Stande. Die dritte Person kann nur als Bote des Erklärenden die Erkärung an den Empfänger weitergeben. Dies ist von besonderer Bedeutung für mündliche Willenserklärungen unter Abwesenden, nämlich Erklärungen mittelst Fernsprechers und durch Boten. Koppers, Gruchots Beitr. **46** 225 ff. gegen Hölder, Komm. 293.

3. Eine Willenserklärung geht dem anderen Theile zu, wenn er von ihr Kenntniß erlangt, einer besonderen Zustellung der schriftlich abgegebenen Willenserklärung bedarf es nicht. **RG.** JW. **01** 865. **RG. 49** 127.

Die in einem verschlossenen Brief enthaltene Erklärung ist dem Adressaten zugegangen, sobald der Brief in verkehrsüblicher Weise in die thatsächliche Verfügungsgewalt seines Adressaten oder eines Anderen, der ihn in der Empfangnahme von Briefen vertreten konnte, gelangt und ihm in dieser Weise die Möglichkeit der Kenntnißnahme verschafft ist. **RG. 50** 151, JW. **02** Beil. 210.

Auch in denjenigen Fällen, in welchen der Empfänger die Postsendungen von dem Postschalter abholen läßt oder sich der sog. „letter boxes" bedient, sind sie als in dem Momente „zugegangen" anzusehen, in welchem sie ihm, wenn sie ihm durch den Postboten gebracht wären, zugegangen sein würden. Rathenau, DJZ. **02** 147.

Kohler, Buschs Z. **24** 19 nennt die empfangsbedürftige Willenserklärung ein Adressengeschäft (Adressenrechtsgeschäft), das wirksam und nur wirksam ist, wenn es an die Adresse angelangt ist; das aber auch dann wirksam ist, wenn der andere Theil es nicht zur Kenntniß nimmt oder nicht beachtet, vorausgesetzt, daß es in einer Weise erfolgt, daß dem anderen Theile eine Lektüre möglich ist und zugemuthet werden kann.

Eine Willenserklärung ist dann als zugegangen anzusehen, wenn ein sinnlich, besonders mit Auge und Ohr, wahrnehmbarer Eindruck von ihr in die äußere Machtsphäre des Destinatärs gelangt, d. h. in den Bereich seiner eigenen Sinne oder in den Kreis der Personen und Sachen, welche die nähere Umgebung und die Basis seiner Lebensführung bilden. Fritze, A.bürgR. **14** 214, 215.

Erklärungen unter Anwesenden müssen von dem Empfänger wirklich verstanden werden; ein bloßes Zugehen genügt nicht. Leonhard, Vertretung beim Fahrnißerwerb 4.

4. Isay, Willenserkl. 46 ff. führt gegen die herrschende Auffassung der „empfangsbedürftigen Willenserklärungen" aus, daß die dem § 130 zu Grunde liegende Eintheilung nicht eine Eintheilung sei der Willenserklärungen, sondern eine solche der rechtsgeschäftlichen Thatbestände, deren eine Gruppe die Wirkung an die Abgabe adressirter Willenserklärungen und deren Zugehen knüpfe.

Ebenda 90 ff. wird eine Erklärung dann als „zugegangen" bezeichnet, wenn diejenigen Umstände verwirklicht sind, welche dem Adressaten normaler Weise eine Wahrnehmung ermöglichen.

Zu den empfangsbedürftigen Willenserklärungen ist der Vorbehalt (z. B. bei der Zahlung) zu rechnen. Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung 44 ff., 30 ff.

5. Hindert derjenige, dem gegenüber eine Willenserklärung abzugeben ist, die Abgabe der Erklärung oder den Zugang der Erklärung, so ist derjenige, der die Willenserklärung abgeben will, falls er die Rechtsfolge seiner beabsichtigten Willenserklärung eintreten sehen will, regelmäßig genöthigt, die Erklärung in anderer Weise abzugeben bezw. auf eine andere Uebermittelungsart — nöthigenfalls gemäß § 132 B.G.B. — Bedacht zu nehmen. Wird in Folge dessen die Erklärung erst verspätet wirksam, so hängt es von den Umständen des Falles

ab, ob dem Erklärenden aus der Verspätung seiner Erklärung ein Einwand entgegengehalten werden kann, bezw. ob derjenige, der die versuchte erste Abgabe der Erklärung absichtlich oder auch nur fahrlässig verhindert hat, schadensersatzpflichtig ist. David, Gruchots Beitr. **46** 232 ff. — theilweise abweichend DJZ. **01** 265.

6. Eine Willenserklärung mittelst Fernsprechers steht einer mündlichen Willenserklärung unter Anwesenden gleich und ist nur dann wirksam, wenn sie demjenigen, für welchen sie bestimmt ist, selbst oder einer zur Entgegennahme bevollmächtigten Person zu Ohren kommt. Wird die Erklärung am Fernsprecher von einer Person in Empfang genommen, welche weder ausdrücklich zur Entgegennahme von Willenserklärungen bevollmächtigt ist, noch nach den thatsächlichen Verhältnissen als stillschweigend dazu bevollmächtigt angesehen werden kann, so wird die Erklärung erst dann wirksam, wenn jene Person als Bote des Erklärenden dieselbe dem Adressaten übermittelt. Aus der Gewohnheit, Anfragen mittelst Fernsprechers auf gleichem Wege zu beantworten, kann nicht gefolgert werden, daß nach der Verkehrssitte (§ 151 B.G.B.) zur Annahme eines mittelst Fernsprechers gemachten Vertragsantrags die durch den Fernsprecher gerufene Annahmeerklärung genügt, auch wenn sie nicht zur Kenntniß des Antragenden gelangt. Koppers, DJZ. **01** 112, 113.

A. M. sind Francke, R. **01** 201, Hölder, DJZ. **01** 157, Habicht, DJZ. **01** 265 ff. Francke hält Fernsprecherklärungen für Erklärungen unter Abwesenden und findet darin, daß die Erklärung von einer nicht bevollmächtigten Person am Fernsprecher gehört wird, ein Zugehen, welches dieselbe nach § 130 1 B.G.B. wirksam werden läßt. Hölder fußt auf dem in seinem Kommentar 293 allgemein für mündliche Willenserklärungen aufgestellten Satz, daß die Abgabe einer mündlichen Willenserklärung an einen erwachsenen und sonst nicht ungeeigneten Hausgenossen des in seiner Wohnung nicht angetroffenen Erklärungsempfängers der Mittheilung an den Erklärungsempfänger gleich steht. Habicht schließt sich der Hölder'schen Ansicht an, hält aber weitergehend für Erklärungen, welche in engbegrenzter Frist abgegeben werden müssen, auch den von Niemand gehörten Anruf durch den Fernsprecher für genügend, weil die Folgen der lediglich auf Seiten des Adressaten bestehenden Verhinderung in der Entgegennahme der Erklärung nur dem Adressaten zur Last fallen könnten.

7. Wird eine Willenserklärung einem Geschäftsunfähigen gegenüber abgegeben, insbesondere brieflich, so wird sie noch nicht dadurch, daß sie dem Geschäftsunfähigen, sondern erst, wenn sie dessen gesetzlichem Vertreter zugeht, rechtswirksam. Die Uebermittelung an den Vertreter kann durch den Geschäftsunfähigen selbst oder durch einen anderen Boten geschehen. Handelt es sich hierbei um Wahrung einer Frist, so erlangt die Erklärung nur dann Rechtswirksamkeit, wenn der Zugang an den Vertreter innerhalb der Frist erfolgt ist. Denn eine rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt, in welchem die Erklärung dem Geschäftsunfähigen zuging, ist ihrer Entgegennahme nicht beigelegt. Schröder-Mugdan, Vormundschaftsrecht 353.

8. Binder, Rechtsstellung des Erben 97 ff. will unter dem „Anderen" nur einen „Betheiligten" verstanden wissen. Daher sei der aus dem Wortlaut durch argumentum a contrario gewonnene Satz, daß nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen nicht zuzugehen brauchten, um wirksam zu werden, falsch; vielmehr müßten alle an einen Anderen gerichteten Erklärungen zugehen. Gegen ihn Isay, Jherings J. **44** 61 ff.

Nach Hellmann, Jherings J. **42** 431 ist der richtige Gegensatz zu der einem Anderen gegenüber abzugebenden die einer Behörde gegenüber abzugebende Erklärung.

9. Isay, Willenserkl. 88 ff. bestreitet, daß der Empfänger einer Erklärung dieselbe Fähigkeit haben müsse, als wenn er selbst der Erklärende wäre.

§ 132. 1. Der Zustellungsempfänger kann bis zum Beweise des Gegentheils annehmen, daß der in der Erklärung genannte Auftraggeber der wirkliche Auftraggeber sei. Voß, Ztschr. f. Gerichtsvollz. **99** 26.

Zustellungen nach § 132 Abs. 1 sind auch mit Erlaubniß des zuständigen Amtsrichters nicht zur Nachtzeit oder an Sonntagen und allgemeinen Feiertagen zulässig. Voß a. a. O. 27.

2. Abs. 2. Wer die Bewilligung der öffentlichen Zustellung einer Willenserklärung durch Täuschung des Gerichts erwirkt hat, kann aus dieser Zustellung keine Rechte herleiten; das Prozeßgericht hat also die Zustellung für unwirksam zu erklären, weil ihrer Wirksamkeit der § 138 entgegensteht. Josef in Buschs Z. **30** 116.

§ 133. 1. Eine thatsächliche Feststellung des angeblich wahren Parteiwillens unterliegt, auch wenn sie auf Irrthum beruht, der Anfechtung durch die Revision nicht; dagegen wird letztere begründet, wenn das entscheidende Gewicht auf den Wortlaut einer Willenserklärung gelegt, der für die Beurtheilung maßgebende Parteiwille aber nicht erforscht und nicht berücksichtigt ist. Bendix, Privatr. 120.

2. Mündlichen Nebenabreden wird, auch wenn ihnen nach Maßgabe der §§ 154, 155 verbindliche Kraft nicht zukommt (Bendix, Privatr. 126), dennoch volle Bedeutung für die Auslegung der getroffenen urkundlichen Vereinbarungen und für die Feststellung etwaiger Willensmängel zugestanden werden müssen. Ob.Trib. **10** 259. Bendix, Privatr. 120.

3. § 133 hat nicht die Bedeutung, daß ein innerer, nicht geäußerter Wille der Parteien durch Beweis festgestellt werden soll, sondern nur, daß die Auslegung nicht am Buchstaben haften, vielmehr das als Inhalt der Willenserklärung feststellen soll, was sich objektiv unter Berücksichtigung aller Umstände als solcher ergiebt. Danz, Auslegung 50 ff.

Bei jeder Einigung ist der wirkliche beiderseitige Wille der Kontrahenten festzustellen. Waren sie beide im Irrthum, so ist die Erklärung auch Jedem gegenüber nichtig, daher auch in einem solchen Falle eine Auflassung und Eintragung. Wolff, R. **00** 392.

4. Danz, Auslegung 5 ff., nimmt an, daß der Parteiwille im Rechtsgeschäfte selbst objektives Recht setze. Dieser Meinung tritt entgegen Manigk, Anwendungsgeb. d. Vorschr. f. Rechtsgesch. 7 Anm. 4. Der rechtsgeschäftliche Parteiwille ist lediglich Thatbestandsmerkmal einer Rechtswirkung und erzeugt als solches insbesondere subjektive Rechte. Das objektive Recht verleiht dem juristischen Thatbestand, insbesondere dem Geschäftswillen, erst die kausale Kraft, Rechtswirkungen zu erzeugen. Vgl. hierzu Manigk 4 ff. Man darf daher nicht, wie Danz, die Grundsätze für die Interpretation des objektiven Rechtes auf die Auslegung der Rechtsgeschäfte ohne Weiteres anwenden.

5. Insoweit die Unterlassung der Klageerhebung auf dem Willen des Schuldners beruht, ohne daß dieser sich gerade einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht hat, z. B. der Schuldner hat, ohne den Klageanspruch anzuerkennen, den Gläubiger durch Vergleichsverhandlungen hingehalten, ihn gebeten, von der Klage abzusehen, wird ein solches Verhalten als Verzicht auf die Einrede der Verjährung anzusehen sein. Josef, A.bürgR. **20** 48 Anm.

§ 134. 1. Nichtigkeit des gegen ein gesetzliches Verbot verstoßenden Rechtsgeschäfts tritt nicht ein, wenn es dem Gesetzgeber nicht darauf ankommt, den Effekt einer Willenshandlung, die beabsichtigte Verschiebung in den Rechtssphären abzuwehren, als vielmehr die diese bewirken sollende Handlung selbst,

wie etwa beim Verbote von Verkäufen am Sonntag. Hierüber Endemann, Die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze und Gareis, Allg. Th. 166.

Für die Auslegung, ob ein gegen ein Verbotsgesetz verstoßendes Rechtsgeschäft Nichtigkeit bewirkt oder nicht, sei zunächst zu untersuchen, ob das gesetzliche Verbot sich auf den Rechtserfolg des Geschäfts erstrecken wolle, weil etwa dieser der staatlichen oder gesellschaftlichen Ordnung widerspreche oder ob es sich nur auf die Umstände bezieht, die das Geschäft in seiner äußeren Entwicklung berühren; so wolle z. B. das Verbot des Handelns während der Kirchzeit nicht den Rechtserfolg selbst, sondern nur die Herbeiführung desselben zu unpassender Zeit unter Verletzung höherer idealer Güter verbieten; daher keine Nichtigkeit des dennoch abgeschlossenen Geschäfts. Kuhlenbeck a. a. O. 29 f.

2. Isay, Willenserkl. 100 ff. führt aus, eine gegen das Strafgesetz verstoßende Willenserklärung sei an sich überhaupt nicht, das sie enthaltende Rechtsgeschäft nur dann nichtig, wenn es nicht daneben mindestens eine nichtdeliktische Willenserklärung enthalte; jedoch bewirke eine verbotswidrige causa bei kausalen Rechtsgeschäften Nichtigkeit, während sie den Bestand abstrakter Rechtsgeschäfte nicht beeinflusse.

3. Unter § 134 fällt eine gegen § 334 StPO. getroffene Verfügung des Angeschuldigten. Mot. z. BGB. I 210, s. **RG. 16** 106, **17** 300. Silberschmidt, A.bürgR. **15** 125.

Der Anspruch auf Gebühren steht nicht zu einem Rechtsanwalt, der gegen das Verbot des § 31 RAO. Rath ertheilt hat; ein solcher (Dienst-)Vertrag ist, als gegen ein gesetzliches Verbot verstoßend, nichtig, erzeugt also keinen Anspruch auf Vergütung. Anders bei einer Zuwiderhandlung des Notars gegen Art. 85 preuß. FGG.: z. B. ein Rechtsanwalt, der zugleich Notar ist, hat für A. eine Forderung gegen B. ausgeklagt; B. wendet sich sodann an den Rechtsanwalt in dessen Eigenschaft als Notar, um zur Sicherung des ausgeurtheilten Betrags eine Hypothek für A. zu bestellen; wenn hier der Notar dem Art. 85 Satz 2 zuwider dem B. von dem Widerspruchsgrunde keine Mittheilung macht, steht ihm die Vergütung dennoch zu; denn der Abschluß des Dienstvertrags verstößt hier nicht gegen ein gesetzliches Verbot, der Notar hat vielmehr beim Abschlusse nur eine Ordnungsvorschrift unbefolgt gelassen. Josef, A.bürgR. **20** 48.

4. Hellmann, A.civPr. **90** 363 ff., kommt zu folgenden Ergebnissen:

a) Eine allgemeine Regel im Sinne des römischen „quae in eam causam pervenerunt, a quo incipere non poterant, pro non factis habentur (l. 3 § 2 D. 34, 8) kennt das BGB. so wenig wie das römische Recht.

b) Dieser Satz gilt nur ganz vereinzelt im Gebiete der Verfügungen von Todeswegen, wenn nämlich der eingesetzte Erbe oder der mit einem Vermächtnisse Bedachte vor dem Erbfalle stirbt und bei gemeinschaftlichen Testamenten, wenn die Ehe der Erblasser bei ihren Lebzeiten aufgelöst wird.

c) Die Bedeutung des Satzes für diese Fälle ist die gleiche wie die für das römische Recht dargelegte und besteht darin, daß eine letztwillige Verfügung zur Wirksamkeit nach dem Tode des Verfügenden sich nicht entfalten kann, wenn gewisse Umstände nach Errichtung der Verfügung eintreten, deren Existenz bei der Errichtung diese von vornherein wirkungslos gemacht hätten. (Vgl. 418 Z. 3).

d) Die Regel: ea quae recte constiterunt resolvi, cum in eum casum reciderunt a quo non potuissent consistere (l. 98 pr. D. 45, 1) ist nach BGB. in der Hauptsache auf das Recht der Schuldverhältnisse bei nachträglichem Eintritte der Leistungsunmöglichkeit beschränkt wie im röm. R. und hat die gleiche Bedeutung, nämlich, daß eine bestehende Obligation aufgehoben wird, wenn durch nachträglich eintretende Ereignisse die Erfüllung unmöglich gemacht wird,

ausgenommen die vom Schuldner zu verantwortende Unmöglichkeit. Die Konsolidation und Konfusion dinglicher Rechte steht nur bei dinglichen Rechten an beweglichen Sachen unter der Regel. Im Familienrechte macht sich die Regel für den Fall des Eheschlusses zwischen den durch Adoption verbundenen Personen geltend. BGB. §§ 1771 Abs. 1, 1311.

e) Im Uebrigen gilt die Regel des röm. Rechts non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exierit a quo initium capere non potuerunt auch im BGB.

5. Die zur Umgehung eines Gesetzes bestimmten Erklärungen sind durchaus gewollte. Ein solches Geschäft steht, wenn die Verbotsabsicht des Gesetzes durch Auslegung desselben darauf zu erstrecken ist, dem verbotenen gleich, anderenfalls ist es gültig; ob die Absicht der Partei auf ein Handeln wider das Gesetz gerichtet war oder nicht, ist nicht entscheidend. Eck, Vorträge 135 f.

6. Vgl. auch Stammler, Die Lehre von dem Richtigen Rechte 401 ff., der zum § 134 drei Gruppen unterscheidet.

Aus der Judikatur: Verbotene Börsentermingeschäfte sind nichtig. Vgl. § 51 Börsengesetz. **RG. 47** 104, SächsA. **11** 229, Holdheims Mschr. **01** 61, DJZ. **01** 73.

Gegen das Verbotsgesetz des § 36 Pat.Ges. verstoßen nur solche Verträge, welche unter wissentlicher Verletzung fremder Patentrechte geschlossen sind. **RG.** JW. **02** 533.

Ein Vertrag, durch welchen Jemandem Vermögensvortheile versprochen werden, um ihn vom Mitbieten bei einer öffentlichen Versteigerung abzuhalten, ist nichtig. **RG. 51** 401.

§ 135. 1. Ein Veräußerungsverbot bewirkt materiell-rechtlich den Verlust oder die Einschränkung der Fähigkeit, rechtswirksam über das betr. Recht zu verfügen. Hellwig, Anspruch u. Klagrecht 208. Der Verlust der Geschäfts- oder Prozeßfähigkeit tritt nicht ein. Denn das Rechtsgeschäft ist gültig und nur wegen des Mangels im Rechte des Verfügenden, nicht oder nicht Jedermann gegenüber wirksam. Fortfall der Verfügungsbefugniß des Vertretenen nimmt auch dem Vertreter die Verfügungsmacht, dagegen erlischt die Vertretungsmacht nicht (209). Das Prinzip, daß die Sachlegitimation nicht aufgehoben wird, trifft nicht für alle Fälle der Prozeßführung zu:

a) Dem Berechtigten fehlt die Legitimation zu einer Klage auf Rechtsänderung, wenn das Veräußerungsverbot sich auf das Recht bezieht, das den Prozeßgegenstand bildet. Dagegen kann er die negative Feststellungsklage erheben (212).

b) Den dinglich Berechtigten hindert das Verbot der Verfügung, über das dingliche Recht weder auf Feststellung zu klagen, noch Ansprüche aus der Verletzung des Eigenthums geltend zu machen (212 ff.).

c) Bei Forderungen verliert der Gläubiger das Recht auf die Leistung niemals; §§ 135, 136 erklären die Einziehung nur gegenüber dem Dritten für unwirksam. Der Dritte hat daher so lange ein Leistungsverweigerungsrecht, als das Veräußerungsverbot besteht.

Zur Durchführung eines Feststellungsprozesses ist der Gläubiger legitimirt. Die Verfügungsbeschränkung fällt jedoch fort, sobald der Dritte, zu dessen Gunsten das Veräußerungsverbot ergangen ist, seine Zustimmung zu der Einziehung in einer den Schuldner sicherstellenden Weise ertheilt (arg. §§ 2113, 2114, 418 BGB.). Ist dies geschehen, so ist der Gläubiger auch zur Klage auf Leistung legitimirt. In der Zustimmung zu der Klage auf Leistung an den Kläger liegt auch die Einwilligung zu der Verfügung über die Forderung. Diese Zustimmung, ebenso wie die nachfolgende Genehmigung, ist kein prozessualer Akt,

sondern sie ergänzt den Mangel der Verfügungsgewalt über das dem Kläger zustehende Recht. Deshalb wirkt das Urtheil dieses Prozesses auch Rechtskraft gegen den Zustimmenden (arg. § 2114 BGB., § 326 CPO.) 217. Hellwig, a. a. O. 218 will auch § 2114 (Verurtheilung auf Zahlung vorbehaltlich der Genehmigung des Dritten) analog anwenden. Derselb. 219 hält auch eine Klage auf Hinterlegung an den Kläger und den Dritten für zulässig.

2. Unter einer Verfügung wird hier wie sonst nicht ein rein obligatorisches, sondern ein auf unmittelbare Uebertragung, Aenderung, Belastung oder Aufhebung eines Rechtes gerichtetes Rechtsgeschäft verstanden. Bendix, Privatr. 112.

3. Neumann, Handausg., macht darauf aufmerksam, daß ein den Schutz einer bestimmten Person bezweckendes gesetzliches Veräußerungsverbot im Reichsrechte nicht existirt.

Die Unterscheidung zwischen gesetzlichen, gerichtlichen und rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkungen ist unwesentlich; es handelt sich da um sog. „eigentliche" Verfügungsbeschränkungen, ein zuwiderlaufendes Rechtsgeschäft ist anfechtbar, nicht nichtig. Jeppe, Jur. Zeitschr. f. Elf.-Lothr. **01** 270, 275 ff.

Hierunter fällt eine gegen § 326 Abs. 2 StPO. getroffene Verfügung des Angeschuldigten insofern, als sie der Staatskasse gegenüber ungültig ist. Silberschmidt, A.bürgR. **15** 125.

Beides bezieht sich aber nur auf rechtsgeschäftliche Verfügungen, während andere Handlungen des Angeschuldigten, an welche Rechtswirkungen sich anschließen, unabhängig vom Willen des Handelnden, auch das in Deutschland verwaltete Vermögen des Angeschuldigten treffen können, z. B. Delikte. Insofern steht der Angeschuldigte, dessen Vermögen beschlagnahmt ist, dem entmündigten Verschwender gleich. Silberschmidt a. a. O. 127.

Das im § 2214 etwa zu findende gesetzliche Veräußerungsverbot zu Gunsten des Erben wird im Falle des Erben-Konkurses durch die Vorschrift des § 13 KO. nicht illusorisch gemacht. Denn § 13 KO. betrifft nicht Veräußerungsverbote zu Gunsten des Gemeinschuldners, sondern lediglich solche zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger. Reichel, SächsA. **12** 193. Es ist zu unterscheiden:

a) Das nackte, d. h. das durch ein besonderes gesetzliches Verfügungsverbot nicht gestützte letztwillige Veräußerungsverbot zu Gunsten des Rechtes eines tertius cuius respectu ist dinglich unwirksam, schuldrechtlich wirksam. Die Nichtveräußerung durch den mit dem Verbote angeredeten Erben oder Legatar ist möglicher Gegenstand eines Anspruchs (Vermächtnißanspruchs). Der verbotswidrig Veräußernde haftet dem benachtheiligten Dritten auf Schadensersatz.

b) Das nackte letztwillige Veräußerungsverbot ohne tertius cuius respectu ist sowohl dinglich wie obligatorisch rechtsunwirksam.

Es ist jedoch nicht rechtswidrig. Es kann daher mittelbar gestützt werden: durch Straflegat (legatum poenae nomine relictum), durch Anordnung einer durch den Fall einer verbotswidrigen Veräußerung bedingten Nacherbschaft auf das Ganze, durch Einsetzung eines Testamentsvollstreckers mit Nachlaßverwaltungs-, aber ohne Veräußerungsbefugniß. Reichel, SächsA. **12** 184 ff.

Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen mit dinglicher Kraft sind zulässig bei allen begrenzten Rechten; der Berechtigte kann dem Verpflichteten gegenüber die Uebertragbarkeit mit Wirksamkeit gegen Dritte ausschließen. Dagegen kann sich der Eigenthümer eines Grundstücks oder der Eigner eines begrenzten Rechtes nicht durch Rechtsgeschäft einem Dritten gegenüber dergestalt in der Verfügung über das Recht beschränken, daß durch Eintragung dieser Verpflichtung in das Grundbuch die Verfügungsbeschränkung absolute Kraft erlangt. Da wo rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen mit absoluter Kraft zulässig

sind (§§ 399, 413 BGB.), bindet die Verfügungsbeschränkung auch den Konkursverwalter, selbst wenn sie nicht eingetragen ist. Fuchs, Grundbuchrecht 43 ff.

Darüber, daß ein vertragliches Veräußerungsverbot durch Einkleidung in eine Resolutivbedingung nicht mit dinglicher Wirkung herbeigeführt werden kann, s. Crome, System **1** 379.

4. Zu den im Abs. 2 genannten Vorschriften gehört auch § 407 Abs. 2. Hellwig, Subjektive Grenzen d. Rechtskr. 408.

§ 138. 1. Verstoß gegen die guten Sitten, Sittlichkeit im weitesten Sinne, d. h. nicht nur vom Standpunkt der privaten Moral, sondern der gesellschaftlichen Moral. Hiergegen verstoßen namentlich alle Geschäfte, welche die Freiheit der Persönlichkeit in übertriebener Weise beschränken und Entschlüsse erzeugen sollen, die vom höheren ethischen Standpunkt aus nur der Ausdruck freiester Ueberzeugung sein dürfen. Die gegen die öffentliche Ordnung verstoßenden Rechtsgeschäfte verstoßen auch gegen die guten Sitten. Kuhlenbeck 31.

Lotmar, Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gem. Rechte stellt für das geltende gem. Recht folgende Kategorieen von unsittlichen Verträgen auf:

1. Verträge, die zu einer unsittlichen Handlung, Duldung oder Unterlassung verpflichten.
2. Verträge, die eine Leistung zusichern, welche dem Rechtszwange zu unterstellen, gegen die guten Sitten ist.
3. Verträge, in denen eine Leistung gegen eine geldwerthe Leistung versprochen wird, die in solche Abhängigkeit von einer geldwerthen Leistung zu bringen, unmoralisch ist.

Neben diesen Verträgen seien vom Standpunkte des BGB. als gegen die guten Sitten verstoßend auch die Verträge zu bezeichnen, welche aus unsittlichen Motiven abgeschlossen sind.

Eccius, Gruchots Beitr. **97** 735 bemerkt unter Billigung der von Lotmar aufgestellten Kategorieen, daß — trotz Anerkennung der Verträge der zweiten Kategorie als unsittlich — von der Praxis festzuhalten sei, daß unter der Voraussetzung, daß Jemand seinen jetzigen Willen auf einem Gebiet, auf dem es unsittlich wäre, den Willen zu binden, festhalte, sehr wohl wirksame Versprechungen gegeben werden und Leistungen erfolgen können, die nur beim Abgehen von jener Voraussetzung wegen Wegfalls des rechtlichen Grundes zu ungerechtfertigter Bereicherung werden. Nur die eigentliche Gegenleistung für das unsittliche Binden des Willens eines Anderen werde wegen Unsittlichkeit des ganzen Geschäfts in sich zusammenfallen. Ueberall also beispielsweise, wo das öffentliche Recht eine Entscheidung vom freien Willen abhängig mache, Wahl des Aufenthaltsorts, Wahl der Erwerbsthätigkeit, soweit nicht positive Bestimmungen ein erzwingbares Konkurrenzverbot rechtfertigen, Betheiligung bei einer Wahl — auch wo das Strafrecht nicht eingreift — Entscheidung über Stellung eines Strafantrags: das Alles seien Leistungen, bei denen ein Erfüllungszwang, eine Interesseforderung wegen Vertragsbruchs, eine Konventionalstrafe unverbindlich sein werden und eine Gegenleistung für die Uebernahme solcher Verbindlichkeiten als unverbindlich werde erachtet werden müssen. Aber es werde unbedenklich sein, eine Leistungspflicht anzunehmen, die unter der Voraussetzung zugesichert sei, daß Jemand den freien Entschluß, einen bestimmten Wohnort nicht zu verlassen oder einen anderen Ort nicht zu betreten, oder den nicht erzwingbaren Verzicht auf einen Strafantrag bis zum Ablaufe der Antragsfrist aufrecht erhalte.

Die Bestimmung trifft vor Allem den Sachwucher, ferner aber auch sog. fungible Handlungen. Dagegen werden von der Anwendung des § 138 diejenigen Handlungen auszunehmen sein, bei welchen die Individualität des Leistenden jenen ein eigenartiges Gepräge verleiht (z. B. die Thätigkeit eines berühmten

Vertheidigers, eines berühmten Arztes). Der Grund hierfür beruht darauf, daß es an einem Maßstabe für eine objektive Schätzung, an einem schlüssigen Nachweise des auffälligen Mißverhältnisses fehlen wird. Cohn, Gruchots Beitr. **41** 784 ff.

§ 138 will weder das unsittliche noch das sittenlose Geschäft treffen, sondern das den guten Sitten Gefährliche, Alles was durch ein böses Beispiel vorhandene gute Sitten verderben könnte, die im allgemeinen Interesse geschützt werden sollen. Leonhard, Allg. Th. 375.

Den Maßstab für den Begriff der guten Sitten hat der Richter aus dem herrschenden Volksbewußtsein zu entnehmen „dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden"; Rücksichtnahme auf die Sittenanschauungen bestimmter Volkskreise (des ehrbaren Kaufmanns im Handelsverkehr) ist nicht ausgeschlossen, doch sind mit letzteren nicht thatsächlich aufgekommene und vielleicht im Konkurrenzkampf oft angewandte Geschäftspraktiken zu verwechseln, welche nicht eine Sitte, sondern vielmehr eine Unsitte darstellen. **RG. 48** 114.

Brückmann, Das Reichsgericht und die „Schwarzen Listen" JW. **02** 626 ff. hält für die Auslegung des Begriffes der „guten Sitten" in derartigen Fragen die Heranziehung von wirthschaftlichen Gesichtspunkten für nothwendig. Im übrigen vgl. zu § 826. —

2. a) Oertmann, Allg. Oesterr. Gerichtsztg. **97** 25 bemerkt, daß das abstrakte Schuldversprechen, welches der Bewucherte ausstellt, nicht nach § 138 nichtig, sondern nach § 817 — wegen injusta causa — kondizirbar sei.

Neubecker, DJZ. **02** 568 ff. tritt mit Kohler und Cohn entgegen der herrschenden Ansicht dafür ein, daß der Wucherer seine Leistungen nicht zurückfordern kann.

b) Kartellverträge, welche das Recht des Einzelnen auf freie gewerbliche Bethätigung seiner Persönlichkeit vernichten, oder welche das in dem Prinzipe der Gewerbefreiheit enthaltene Recht des Publikums auf den freien gewerblichen Markt in unzulässiger Weise beschränken, und zwar zu dem Zwecke oder mit der Wirkung, daß der Preis der Waare sich über das angemessene Maß erheblich steigert, sind unwirksam. Plotke, Holdheims Mschr. **01** 2 ff.

c) Wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer einen Schiedsvertrag, in welchem der Werkführer des Arbeitgebers als Schiedsrichter ernannt wird, zur Schlichtung ihrer etwaigen Differenzen aus dem Arbeitsverhältniß eingehen, so verstößt eine derartige Vereinbarung nicht gegen die guten Sitten.

Die Erklärung des Arbeitgebers, daß er den Arbeitnehmer für den Fall der Weigerung, den Schiedsvertrag zu schließen, nicht einstellen werde, macht genannten Vertrag nicht anfechtbar wegen Zwanges. v. Schulz, Brauns A. f. soz. Gesetzgbg. **15** 609 u. 612.

d) Die sog. Wette auf ein Rennpferd am Totalisator ist juristisch Spiel. **RG.** (Straff.) **7** 22 ff.

Aus dem Auftrage zum Spiele kann auf Auszahlung des Gewinns geklagt werden, wenn der Beauftragte den Auftrag ausgeführt hat. Vgl. **RG. 40** 256 ff.

Eine Ausnahme bildet der Auftrag zum unerlaubten Spiele, da der Vertrag gemäß § 138 BGB. nichtig ist.

Die sog. Wettaufträge für Pferderennen, d. h. die Vermittelung von Wetten auf Rennpferde am Totalisator durch die „Sportkommissionsbureaux" sind nicht als Auftrag, sondern als Werkvertrag zu konstruiren und, da ein entgeltliches und gewerbsmäßiges Vermitteln von Glücksspiel gegen die guten Sitten und die Bestimmungen des StrGB. verstößt, gemäß § 138 bzw. § 134 BGB. klaglos. Hirschfeld, Ueber Wettrennen und Rennwetten (Diss.) 45 ff.

e) Ein Abkommen, wodurch der Gläubiger die Forderung einem Dritten

abtritt zu dem Zwecke, dem Schuldner die Geltendmachung begründeter Einwendungen abzuschneiden, ist nichtig, und diese Nichtigkeit, als eine gegen die Wirksamkeit der Abtretung sich richtende Einwendung, kann auch der Schuldner geltend machen. In solchem Abkommen aber liegt wegen des mit der Abtretung verbundenen Einredeverlustes zugleich eine den Schuldner schädigende Handlung, die nach §§ 826, 249 einen Anspruch des Schuldners gegen den Erwerber auf Beseitigung des durch die Abtretung entstandenen nachtheiligen Zustandes, d. h. auf Zulassung der durch die Abtretung an sich ausgeschlossenen Einrede, begründet, ein Anspruch, den er auch einwandweise gegen den Erwerber geltend machen kann. Josef, A.bürgR. **20** 49.

f) § 138 findet keine Anwendung auf die Einigung im Sachenrechte. Bruck, Einigung 65.

g) Der Verkauf bezw. der Tausch einer Arzt- oder Anwaltspraxis ist nach den konkreten Umständen zu prüfen, wobei man sich jedoch bewußt bleiben muß, daß es sich um eigentlichen „Kauf" und „Tausch" nicht, sondern in dem Begriffe „Praxis" nur um ein Konglomerat von Möglichkeiten und Unmöglichkeiten handelt. Schrödter, JW. **02** 645 ff. Kuhlenbeck, ebenda 646 will die Grundsätze der emptio spei anwenden und die Frage nach den guten Sitten nur unter Würdigung aller Einzelheiten des konkreten Falls nach den allgemeinen sittlichen, nicht nach den in dem besonderen Berufskreise vorherrschenden Anschauungen beantwortet wissen.

3. Aus der Judikatur: Wer ein Geschenk annimmt, wissend, daß die Mittel dazu durch Verbrechen erlangt sind, verstößt gegen die guten Sitten; die Schenkung ist demnach nichtig, und es kann, wenn auch nicht vom Schenker (§ 817), so doch von jedem Dritten die Nichtigkeit geltend gemacht werden. Der Beschenkte kann aus der nichtigen Schenkung keine Rechte herleiten und sich auf das durch die Schenkung formal erlangte Eigenthum nicht berufen. **RG. 48** 293, JW. **01** 149.

Das Mißverhältniß zwischen den für eine Leistung gegebenen Vermögensvortheilen und dem Werthe der Leistung muß objektiv und insbesondere auch für den ausgebeuteten Hingeber der Leistung vorhanden sein; es genügt nicht, daß die Leistung für den Leistungsempfänger im auffallenden Mißverhältnisse zur Gegenleistung steht. **RG.** JW. **01** 1. Ueber Ausbeutung der Nothlage des Grundstücksverkäufers seitens des Vermittlers durch Ausbedingung übermäßiger Provision Gruchots Beitr. **46** 897.

Unsittlich ist ein Vertrag über Gewährung von Provisionen für Handlungen, zu denen Jemand schon kraft des Anstellungsvertrages verpflichtet ist, z. B. das Versprechen einer Provision von Seiten eines Lieferanten an einen Fabrikdirektor für Bestellungen der von diesem geleiteten Fabrik. Dies sogar dann, wenn dgl. Provisionsgewährungen in den betheiligten Kreisen nicht als anstößig empfunden werden sollten. Denn diesfalls wären sie eben nicht als gute Sitte, sondern als Unsitte zu bezeichnen, sofern sie sicher die unparteiische und pflichtmäßige Entschließung des Fabrikleiters mindestens arg gefährden könnten. OLG. Dresden, SächsA. **02** 750 ff., OLG. **5** 109.

Unter Umständen kann ein unsittliches Verhalten darin gefunden werden, daß Jemand die Furcht eines Anderen zur Erlangung eines Vortheils, auf den er keinen Anspruch hat, ausnutzt, ohne daß ein widerrechtlicher Zwang vorliegt. **RG.** SächsA. **12** 465 ff.

Der Verkauf eines Hauses an eine Dirne zu Unzuchtszwecken verstößt nicht gegen die guten Sitten, es sei denn, daß der Verkäufer in und mit dem Kaufpreise außer dem Ansatz für das Gebäude auch noch Entgelt dafür sich versprechen ließ, daß er der Käuferin mittels des Hauses etwa mit Rücksicht auf

seine Lage oder sonstige Beschaffenheit eine besonders günstige Gelegenheit zur Unzucht verschaffte oder Garantie übernahm, daß die Käuferin dort Unzucht treiben könne. OLG. 5 109 (Köln).

Der Verkauf einer ärztlichen Praxis verstößt gegen die guten Sitten. OLG. 5 107 (Braunschw.). — S. auch oben Ziff. 2 g. —

Ein Versprechen, unter der Bedingung, daß der andere Theil von Erstattung einer Strafanzeige absehe, ist gültig. **RG.** SächsA. **11** 323. — Vgl. auch Puchelt **32** 348 (OLG. Köln), OLG. **5** 110 (Marienw.). Eine Verpflichtung des Inhalts, die auf einer Strafanzeige bereits anhängig gemachte Untersuchung wieder rückgängig zu machen, ist nichtig.

Ein Vertrag, in welchem Eheleute über Scheidungsgründe paktiren, kann gültig sein. OLG. **1** 447 (KG.).

§ 138 findet auf die unter der Herrschaft des früheren Rechts geschlossenen Verträge Anwendung. **RG. 47** 103, JW. **01** 1, 639. — Vgl. jedoch wegen des Ehemäklerlohns **RG. 46** 153, 177, JW. **00** 637, 638.

§ 139 enthält das Prinzip: Das Brauchbare an theilweise mangelhaften Rechtsgeschäften ist möglichst zu erhalten. Ebenso §§ 140, 155, 117 Abs. 2, 2084 ff., 2077 Abs. 3. Vgl. §§ 516 Abs. 2 Satz 2, 416 Abs. 1 Satz 2, 1957. Darüber Bruck, Anfechtbark. 31, 57 zu Anm. 3.

Aus der Judikatur: § 139 ist auch anwendbar, wenn ein von Mehreren geschlossener Vertrag hinsichtlich Einzelner nichtig ist. **RG.** v. 29. 1. 02 JW. **02**, Beil. 211. Die Formfreiheit einer Vollmachtserklärung tritt dann nicht ein, wenn die Vollmacht als Theil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts erscheint, welches der durch § 313 vorgeschriebenen Form bedarf. Ist der Vertrag also so aufzufassen, daß die Vollmacht lediglich zur Ausführung des Vertrags ertheilt ist, daß also die Bevollmächtigung nicht ohne den Vertrag erfolgt sein würde, so tritt § 139 ein. **RG. 50** 163.

Ein Licenzvertrag, in welchem dem einen Theil ein Patent bis zum Ende eines Jahres übertragen wird, während es schon im Februar abläuft, ist, wenn der längeren Patentdauer wesentliche Bedeutung für den Abschluß des Vertrags zukommt, nicht etwa bis zum Februar gültig, sondern gänzlich nichtig. **RG. 51** 92.

§ 140. Ueber die Heilung einer nichtigen Erklärung auf dem Wege der Konversion s. Monich, Willenserkl. 53 f., 106.

Konversion bei Erbverträgen? Hellwig, Verträge 601 f., bei Erbverzichten 633.

Aufrechterhaltung einer wegen Formmangels ungültigen Urkunde als kaufmännischer Verpflichtungsschein. **RG. 48** 223.

§ 141. Die Rückwirkung einer Erklärung, deren Unwirksamkeit geheilt ist, behandelt Monich, Willenserkl. 116, 162.

§ 142. 1. Bruck, Anfechtbark. führt aus: Das anfechtbare Rechtsgeschäft leidet an einer Mangelhaftigkeit, die objektiv rechtswirksam wird durch die Thätigkeit des subjektiv Anfechtungsberechtigten (28 ff., 17). Bis dahin ist das Geschäft nach außen gültig; nachher muß man fingiren, das Geschäft habe niemals Wirkungen erzeugt; Alles ist rückgängig geworden, keine Partei darf bereichert sein (29, 56 f., 77). Dadurch werden auch Dritte betroffen, und zwar meist geschädigt. Vgl. dazu (61—76) Beispiele aus allen Gebieten des BGB. für die möglichen Wirkungen erfolgter Anfechtung von Rechtsgeschäften, zu denen Dritte in Beziehung stehen. Diese rechtliche Stellung ist stets zu untersuchen, besonders daraufhin, ob nicht noch ein sekundäres Geschäft vorliegt, bei dem der Dritte Hauptperson ist, z. B. nach § 408 (67 f.). Nützen wird die Anfechtungs-Rückwirkung einem Dritten nur zuweilen bei der Zession (67) und in den Fällen der §§ 1345 ff. (72 ff.), 1699 ff. (74), 1255 (76). Ausgeglichen oder gemildert

wird der Schaden durch die Vorschriften über Verfügungsmacht Nichtberechtigter, insbesondere den gutgläubigen Erwerb (79—94, speziell 82 über die qualitative Fortbildung des Begriffs „Treu und Glauben") und durch den Schadensersatz (95 ff.).

Die Anfechtbarkeit giebt dem Schuldner eine Einrede, wenn ein anderer als der Anfechtungsgegner die Forderung geltend macht. Hellwig, Verträge 292 ff.

2. Paulianische Anfechtung. Nachdem die Novelle zur RKO. die Vorschriften über die konkursmäßige Anfechtung in Uebereinstimmung mit der in dem BGB. gegebenen Regelung der Anfechtung gebracht hat, ist die Art und die Wirkung der Gläubigeranfechtung nach dem BGB. zu beurtheilen, soweit die RKO. nicht besondere Regeln gegeben hat. Die Rechtshandlung des Gemeinschuldners verliert also durch die Erklärung des Verwalters direkt und ex tunc ihre Wirksamkeit. Die Anfechtungserklärung kann auch in der Klageschrift enthalten sein und mit dieser dem Gegner zukommen. (Das meint AnfGes. vom 21. Juli 1879, wenn hier davon gesprochen wird, daß die Anfechtung „im Wege der Klage" erfolgt.) — Handelt es sich lediglich um Rückgängigmachung eines Rechtserfolgs, so ist das Ziel der Anfechtung durch ihre Erklärung völlig erreicht. Ist aber dem Dritten eine Sache übertragen oder eine sonstige thatsächliche Leistung gemacht, so ist mit der Anfechtungserklärung zwar bewirkt, daß die eingetretene Rechtsänderung als nicht geschehen gilt, aber der Gegner hat nun weiterhin noch die Verpflichtung zur Restitution der erlangten Vortheile. Hierauf bezieht sich die Vorschrift des § 37 KO.; diese hat nicht etwa die Bedeutung, über die Folge der Anfechtung eine erschöpfende Antwort zu geben; vielmehr ist die grundlegende Bestimmung im § 29 KO. in Verbindung mit § 142 BGB. zu suchen; § 37 KO. stellt nur eine weitere Folgerung aus dem Grundsatze dar, daß die Handlung „als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam" anzusehen ist. Der nähere Inhalt der im § 37 KO. ausgesprochenen Restitutionsverpflichtung ist — ebenso wie im Falle des § 7 KO. — aus dem BGB. (§§ 818, 819) zu entnehmen. So Hellwig, Verträge 378 ff. in spezieller Anwendung auf die Anfechtung der Verträge auf Leistung an Dritte.

Die Wirkung des anfechtbaren Geschäfts tritt trotz des Anfechtungsgrundes ein. Handelt es sich um eine Rechtsnachfolge, so geht das Recht auf den Erwerber wirklich über. Die Bestätigung des Geschäfts und die Versäumung der Anfechtungsfrist bedeutet lediglich den Wegfall des Anfechtungsrechts. Bis zum Wegfall ist es nicht in der Schwebe, ob das Rechtsgeschäft unwirksam bleiben wird, sondern ob die eingetretenen Wirkungen wieder wegfallen werden. Der Wegfall tritt ein mit der Anfechtungserklärung oder mit der Rechtskraft des etwa erforderlichen Urtheils. Hellwig, Subjektive Grenzen 119 ff. Dieses Urtheil ist kein Feststellungsurtheil, sondern ein konstitutiver Rechtsakt. Hellwig, Anspruch 58.

Die Reszission des Rechtserwerbes überträgt noch nicht den Besitz der Sache an den Anfechtenden zurück. Hellwig, Subjektive Grenzen 123.

3. Nach Manigk, AnwendungsG. d. Vorschr. f. d. Rechtsgesch. 176, ist die Anfechtbarkeit ein schwächerer Grad der Unwirksamkeit, neben der stärkeren Nichtigkeit. Sie beruhe wie die Nichtigkeit auf einem Mangel des Thatbestandes. Anders Jacobi, A.civPr. 86 74 ff.

4. Die peremptorische Einrede vernichtet nicht den Klageanspruch, dem sie entgegengestellt wird, sondern sie nimmt ihm nur die Erzwingbarkeit, und dieser Erfolg kann sich nur zeigen in der Klageabweisung. Nicht die Existenz des bekämpften Anspruchs wird durch die Vorschützung der Einrede in Frage gestellt, sondern nur seiner Verwirklichung im Prozeßwege wird damit entgegengetreten. Lediglich durch das Hinzutreten der Wirkungen der Rechtskraft, nicht aber durch das Vor=

bringen der Einrede selbst kann auch der Bestand des eingeklagten Rechtes und damit des Rechtsgeschäfts selbst, dem jenes entspringt, in Mitleidenschaft gezogen werden. Staffel, SächsA. **10** 665 ff.

5. Die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts wegen Irrthums, Betrugs u. s. w. läßt das Rechtsgeschäft als von vornherein nichtig erscheinen, während die Wandelung (§§ 462 ff.) ein zu Recht bestehendes Rechtsgeschäft rückgängig macht. Ist das angefochtene Rechtsgeschäft schon erfüllt gewesen, so ist die Erfüllung, weil sine causa gegeben, zu kondiziren. Die beiderseitigen Kondiktionsansprüche der Kontrahenten eines erfüllten Vertrags bestehen unabhängig von einander; es kann nur in Frage kommen, ob nicht der auf Rückgewähr belangte Kontrahent auf Grund seines eigenen Rückgewährungsanspruchs die Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 BGB.) hat. **RG. 49** 421, JW. **01** 864.

6. Nach erfolgter Anfechtung kann das nichtige Geschäft nicht durch einseitige Rücknahme der Anfechtungserklärung wieder wirksam, sondern nur gemäß § 141 Abs. 2 bestätigt werden. **RG. 51** 92, JW. **02** Beil. 229.

§ 143. 1. Die Anfechtungserklärung ist zwar formlos — außer in den Fällen der §§ 1342, 1955 mit 1945, 1956 —; sie muß aber den Anfechtungswillen deutlich erkennen lassen. Willensmängel können auch sie wieder anfechtbar machen. So Bruck, Anfechtbarkeit 46.

Sie braucht den Ausdruck „Anfechtung" nicht zu enthalten; es genügt jeder Ausdruck des Willens, daß das der Anfechtung ausgesetzte Rechtsgeschäft oder der von dem Mangel betroffene Theil desselben unwirksam sein soll. Demgemäß genügt im Prozesse der gegen die Gebundenheit an das Rechtsgeschäft erhobene Widerspruch. **RG.** v. 4. 6. 01 **48** 218, JW. **01** 493, Beil. 131.

2. Für die Anfechtungsberechtigung gilt das Prinzip: eigene Wahrnehmung der geschützten Interessen. Berechtigt sind also regelmäßig die geschädigten Kontrahenten selbst; Dritte bei Verträgen zu ihren Gunsten und in besonderen Fällen, z. B. §§ 2080, 2279, 2341; der Universalsukzessor; vgl. die Stellung des Bürgen nach § 770 und die in §§ 1137 und 1211 Genannten; Besonderes gilt im Familien- und Erbrechte. Bruck, Anfechtb. 50 f.

3. Sind mehrere Anfechtungsgegner vorhanden, so muß jedem gegenüber angefochten werden, wenn nicht § 139 die Gesammtvernichtung eines Geschäfts herbeiführt, oder z. B. bei letztwilligen Verfügungen, die nur einheitlich angefochten werden können. Bruck, Anfechtb. 52, 58.

Bei einer Vollmachtserklärung, die auf einen bestimmten Dritten lautet, ist Anfechtungsgegner grundsätzlich der Bevollmächtigte oder der Dritte; eine Vollmachtserklärung, die nicht auf einen bestimmten Dritten lautet, kann grundsätzlich entweder durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten oder durch öffentliche Erklärung angefochten werden. Hupka, Vollmacht 140 ff.

Wo auch ein Anfechtungsgegner im Sinne von Abs. 4 fehlt, gewährt das Gesetz nach Manigk, AnwendungsG. d. Vorschr. f. d. Rechtsgesch. 177 ff. statt des Anfechtungsrechts ein Widerrufsrecht (z. B. §§ 658, 81 Abs. 2).

Die Anfechtung kann auch von und gegenüber dem Prozeßbevollmächtigten erfolgen. Hellwig, Anspruch 16 N. 34. Ebenso **RG.** v. 4. 6. 01 a. a. O. u. v. 25. 9. 01 **RG. 49** 392, JW. **01** Beil. 150.

Die Anfechtung kann nur zwischen den im § 143 genannten Personen erfolgen, also nicht von Dritten und nicht Dritten gegenüber. Hellwig, Subjektive Grenzen 17 ff.

Die Anfechtbarkeit giebt aber dem Dritten eine Einrede im Falle BGB. § 770 I, HGB. § 129 II und der Schuldübernahme: Der Schuldner kann ferner eine dilatorische Einrede geltend machen, wenn das Rechtsgeschäft, welches den Dritten berechtigte, anfechtbar ist. Hellwig, Subjektive Grenzen 17 ff. Die

Frage, ob der Schuldner deshalb, weil er die Entstehung der Schuld seinem Kontrahenten gegenüber anfechten kann, die Leistung an den Dritten verweigern darf, ist zu bejahen, sofern es nicht gegen Treu und Glauben verstößt, daß der Schuldner nicht sofort die Anfechtungserklärung abgiebt.

Dritter Titel.

Vertrag.

§ 145. 1. Schloßmann, Der Vertrag 7, 139, 163 ff. erklärt den Begriff des Vertrags als wissenschaftlich werthlos und auf irrthümlichen Voraussetzungen beruhend. Der Beweisführung tritt entgegen Manigk, AnwendungsG. d. Vorschr. f. d. Rechtsgesch. 8, 12 f., 74, 84, 86 Anm. Der Vertrag erzeuge dingliche oder persönliche Rechte. Die Rechtsordnung schütze die letzteren, nicht, wie Schloßmann meint, die im Gegner entstandene „Erwartung". Vgl. Manigk a. a. O. 303 f. und Schloßmann, Lehre v. d. Stellvertretung 99, 167.

Der Meinung Ehrlichs, Stillschw. Willenserkl. 157, daß es auch einen durch reale Aneignung einer Sache und ohne jede Willenserklärung zu Stande kommenden Vertragsschluß gäbe, tritt entgegen Manigk, a. a. O. 85 Anm.

2. Die Gebundenheit des Antragstellers tritt ohne Rücksicht auf dessen Willen als Legalwirkung ein. Der Antrag ist insofern zwar eine Willenserklärung, aber kein selbständiges Rechtsgeschäft. Manigk, a. a. O. 92 f. Daraus, daß nach § 145 die Gebundenheit willkürlich ausgeschlossen werden kann, folgt nicht das Gegentheil. Vgl. hierüber und über eine Parallele zu § 685 Manigk 113 A. 2.

3. Die Zusendung unbestellter Waaren zur Ansicht enthält den Antrag des Absenders zu einem Kaufvertrage. Da dem Oblaten dadurch, daß ihm die Offerte zugeht, keinerlei Verpflichtungen entstehen, so überkommt der Empfänger durch den Empfang der Ansichtssendung gegen den Absender keine Rücksendungs- oder Aufbewahrungspflicht; er macht sich also dem Absender nicht dadurch verantwortlich, daß er die unbestellte Waare weggeworfen hat. Daher ist der Empfänger, wenn der Absender sich bei ihm einfindet und über den Verbleib Auskunft verlangt, solche zu ertheilen nicht verpflichtet, auch nicht verpflichtet, die Sache zurückzugeben, sondern nur verpflichtet, zu gestatten, daß der Absender von dem von ihm selbst zu bezeichnenden Platze, auf dem die Sache sich befindet, sie wieder an sich nehme. Der dem Absender aus § 867 zustehende Anspruch, daß der Empfänger die Aufsuchung der Sache in seiner Wohnung gestatte, ist offenbar unpraktisch, auch unzulässig, wenn der Empfänger als Hauskind oder Dienstbote abgesonderte Wohnräume nicht besitzt. — Unter besonderen Umständen treten andere Grundsätze ein, so wenn der Absender wiederholt dem Empfänger Waaren zur Ansicht gesandt und dieser sie jedesmal zurückgesandt oder zur Abholung des Absenders aufbewahrt hat; hierin liegt ein stillschweigendes Abkommen gleicher Behandlung zukünftiger Sendungen; ferner wenn im kaufmännischen Verkehre neben den bestellten noch unbestellte Waaren in nicht erheblich von der bestellten Menge abweichender Menge gesandt sind (§§ 377—379 HGB.); ferner wenn der Empfänger den in der unbestellten Zusendung liegenden Antrag zum Kaufvertrage stillschweigend dadurch angenommen hat, daß er die Sache verbraucht oder in Gebrauch nimmt. Josef, DJZ. **01** 383. ➵ Der hiergegen von Beer ebenda 431 erhobene Einwand, daß in der Zusendung unbestellter Waaren zugleich die Offerte liege, die Waare, falls sie nicht gekauft wird, aufzubewahren, ist richtig; und wenn der Absender dem Empfänger die bevorstehende Ankunft der Ansichtssendung vorher mitgetheilt und der Empfänger die Sendung sodann annimmt, so nimmt er hiermit auch die Offerte zur Verwahrung an. Dagegen ist diese Folgerung ausgeschlossen, wenn die Waare nicht dem

Adressaten selbst abgegeben wird, sondern dessen Hausgenossen oder, wenn sie dem Adressaten selbst abgegeben wird, aber ohne daß ihm die bevorstehende Zusendung angezeigt war. Im letzteren Falle kann, da dem Empfänger der Rechtsgrund der Zusendung unbekannt ist oder nicht bekannt zu sein braucht, die Annahme der Sendung nicht als Akzeptation der Offerte zur Verwahrung aufgefaßt gelten. Noch weniger kann daraus, daß ein Hausgenosse des Adressaten die Sendung annimmt, eine den Adressaten verpflichtende Akzeptation der Offerte zur Verwahrung gefunden werden. Läßt der Adressat, nachdem er sich von dem Vorliegen unbestellter Zusendung überzeugt hat, die Sendung unbeachtet stehen, so tritt dieselbe Rechtsfolge ein, als wenn er die auf seinem Grundstücke zufällig befindliche fremde Sache behufs näherer Feststellung zunächst an sich nimmt; er überkommt hierdurch keine Verpflichtung, die Sache aufzubewahren. Danach kann auch der von Mantey, R. 01 513 zur Begründung der Verwahrungspflicht hier angezogene § 819 nicht Anwendung finden. Eine abweichende Beurtheilung ergiebt sich auch hier, wenn etwa der Empfänger die ihm zugesandten Bücher einer Durchsicht unterzieht oder die ihm mit dem zum Kaufe angebotenen Cigarren mitgesandten Probecigarren aufraucht. In solchen Handlungen liegt die stillschweigende Akzeptation der Offerte des Absenders, die Waare bis zur Abholung aufzubewahren. Josef. ←

Aßmann, Die unbestellten Zusendungen (1901), unterscheidet den Fall, daß ein Kauf zu stande kommt und den, daß er nicht perfekt wird. Der Abschluß des Kaufs erfolgt durch jede — wenn auch „unbeabsichtigte" — Willensäußerung des Empfängers, den übersandten Gegenstand zu behalten, z. B. durch Verbrauchen, Verarbeiten, Veräußern, auch durch Gebrauchen, wenn hierin die wirthschaftliche Bedeutung der Sache liegt, ferner durch Ausstellen der übersandten Waaren, oder durch Erklärung an Dritte; dagegen genügt nicht die bloße Empfangnahme der Waare, das Liegenlassen oder die vorbehaltlose Annahme der Rechnung. Maßgebend ist stets Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrs-, Handels- bezw. Ortssitte.

Für den zweiten Fall, daß der Empfänger die Waare nicht behalten will, ist von dem Grundsatz auszugehen, daß Niemand ohne Weiteres verbunden ist, zum Nutzen eines Anderen thätig zu werden oder etwas zu dulden. Der Empfänger braucht daher die Waare nicht aufzunehmen, noch in anderer Weise für sie zu sorgen; er kann sie von vornherein zurückweisen. Ist die Sendung ohne seinen Willen in seinen Gewahrsam gelangt, so hat er das Recht, den Inhalt festzustellen, er braucht keinesfalls zu antworten, hat keine Fürsorgepflicht, vielmehr trägt der Absender jede Gefahr. Der Empfänger kann mit der Besitzstörungs- und mit der Eigenthumsfreiheitsklage die Wegschaffung der Waare verlangen. Schickt er die Waare zurück, so gelten die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag. Zur Preisgebung der Waare ist der Empfänger nicht befugt. Der Absender ist wegen der verübten Besitzstörung nach § 823 BGB. zum Schadensersatz verpflichtet.

Der Empfänger haftet dem Absender nach § 823, wobei aber zu beachten ist, daß der Absender häufig gemäß § 254 wegen Mitschuld seines Anspruchs verlustig gehen wird. Ferner haftet der Empfänger wegen ungerechtfertigter Bereicherung auf Herausgabe der Waare, sowie nach § 985 BGB.

War die Sendung mit Wissen und Willen des Empfängers in seinen Machtbereich gelangt und wollte dieser den Kauf in Erwägung ziehen, so kommt ein Besichtigungsvertrag zu stande. Der Empfänger kann alle Handlungen vornehmen, welche zur ordentlichen Besichtigung und Prüfung erforderlich sind, er kann die Umhüllung in der Regel verletzen. Andererseits hat er die Pflicht der Fürsorge und haftet für jede Fahrlässigkeit. Er hat aber keine Erklärungspflicht,

vielmehr muß der Absender als Veranlasser der Sachlage sich erkundigen und die Waare abholen. Der Empfänger hat eine Vertragsklage auf Rückschaffung der Sachen, desgleichen der Absender.

Besteht zwischen Absender und Empfänger eine Geschäftsverbindung, dann hat der Empfänger Erklärungs- und Fürsorgepflicht. Hat der Empfänger die Sendung mehr oder weniger veranlaßt, so hat er auch Rücksendungspflicht.

4. Zulässig ist die Offerte in incertam personam. Zulässig ist aber auch die Offerte in incertas personas, d. i. die Verbindung einer bestimmten Anzahl gleichartiger, an je eine einzelne unbestimmte Person gerichteter Anträge in einer einzigen Erklärung, wie sie vornehmlich in der traditio in incertas personas auftritt (Droschke, Omnibus, Theaterplätze). Dagegen enthält keinen rechtlich verbindlichen Antrag die sog. Offerte ans Publikum. Dieselbe ist von der Offerte in incertas personas begrifflich streng verschieden. Bei der letzteren ist die Zahl derjenigen, welche durch ihre Annahmeerklärung den Offerenten binden können, nothwendig und genau durch den Antrag selbst im Voraus bestimmt, bei der Offerte ans Publikum hingegen ist eine unübersehbare große Zahl, das ganze Publikum, Oblat. Nicht Offerte ans Publikum, sondern lediglich traditio in incertas personas ist denn auch der vielumstrittene Automat. Neumond, A.civPr. **89** 166 ff.

Isay, KrVschr. **01** 90 ff. führt aus, daß die Offerte an eine incerta persona nicht eine Offerte an Mehrere, sondern an einen Einzelnen, daß die Offerte an das Publikum eine Unterart der Offerten an eine incerta persona ist und, im Anschluß an Zschimmer, Offerte an das Publikum, daß nur da von einer Offerte an das Publikum gesprochen werden kann, wo es in einem bestimmten Momente immer nur Einem, nicht aber Mehreren möglich ist, die Annahmehandlung zu vollziehen.

§ 147. 1. Die prozessuale Behauptung eines mündlichen Vertragsschlusses ist Behauptung einer einheitlichen rechtserheblichen Thatsache, die Darstellung des näheren Herganges kann im Prozesse sowohl von dem den Vertragsschluß behauptenden wie von dem ihn leugnenden Theil ohne Rechtsnachtheil verweigert werden. Eideszuschiebung hat sich nicht auf Einzelheiten des Herganges, sondern auf den Vertragsschluß mit bestimmtem Inhalt zu richten.

Der bestrittene Vertragsschluß ist nicht erwiesen, wenn die dafür benannten Zeugen mündliche Einigung über alle wesentlichen Voraussetzungen für Annahme eines bestimmten Vertragsschlusses mit dem Hinzufügen bekunden, daß dabei der eine Theil noch die Einigung über einen sonst durch die Gesetzesregel erledigten Punkt vorbehalten hat. Darauf, ob der den Vertragsschluß bestreitende Theil die Behauptung eines solchen Vorbehalts aufgestellt hat, kommt es nicht an. Es kann aber der Hergang auch ergeben, daß die Betheiligten sich ungeachtet des Vorbehalts haben binden wollen. Eccius, Gruchots Beitr. **45** 267 ff.

Der Behauptung eines Vertragsschlusses mit bestimmtem Inhalt steht die Behauptung eines Vertragsschlusses mit anderem Inhalt — auch wenn die Abweichung der Inhaltsangabe sich auf Bestandtheile bezieht, die für das rechtliche Wesen des Vertrags unerheblich sind, — einander ausschließend, das Eine als Verneinung des Anderen gegenüber. Die Beweislast ist nicht danach zu vertheilen, daß, sobald Einigung über die wesentlichen Punkte bewiesen ist, der Theil, der eine von der gesetzlichen Regel abweichende Abrede behauptet, zu beweisen habe; vielmehr muß der Theil, der auf den ohne diese Abrede fertig geschlossenen Vertrag einen Angriff oder Gegenangriff gründet, den fertigen Vertragsschluß ohne diesen Punkt beweisen, ebenso der, dessen Angriff oder Gegenangriff auf den Vertragsschluß mit jener Abrede gegründet ist, diese. Eccius a. a. O. 274.

Der Behauptung eines Vertragsschlusses über eine Leistung von bestimmter Höhe steht die Behauptung eines Vertragsschlusses über eine Leistung von anderer Höhe als Verneinung gegenüber; aus dem Umstande, daß der Vertrag über die höhere Leistung nicht erwiesen ist, folgt nicht Gebundenheit des diesen Vertragsschluß Behauptenden an den vom Gegner behaupteten Vertrag über eine geringere Leistung, solange dieser nicht erwiesen oder als eventuelle Grundlage des Begehrens des anderen Theiles geltend gemacht ist. Eccius, a. a. O. 272.

2. Die Bedeutung der Umstände einer Erklärung für deren Inhalt und Wirksamkeit hebt Monich, Willenserkl. 73 ff., 84, 87, 102, 133 besonders nachdrücklich hervor und stellt bezüglich der Wirkung nachfolgender Umstände den Begriff der Umstandsempfindlichkeit auf (a. a. O. 135).

3. Ob eine in der Form des § 132 Abs. 1 zugestellte Erklärung als rechtzeitig zu gelten hat, wenn eine ohne diese Form mögliche Mittheilung zeitiger hätte eintreffen können, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen. Voß, Ztschr. f. Gerichtsvollz. **99** 25.

4. Verhandlungen mittelst eines Fernsprechers gelten Verhandlungen unter Anwesenden oder Abwesenden gleich, je nachdem die Parteien bzw. zu Vertragsabschluß befugte Vertreter am Fernsprecher sind oder nicht. Francke, R. **01** 201.

Die telephonische Erklärung erfolgt unter Anwesenden als Erklärung von Person zu Person, womit gemeint ist die Person ihres Empfängers. Steht am Telephon nicht er selbst, sondern kraft seiner Anweisung oder Zulassung eine andere Person, so ist ihm die Erklärung unter Abwesenden nicht nur abgegeben, sondern auch zugegangen. Hölder, DJZ. **01** 157 gegen Koppers das. 112.

5. Die Frist des Abs. 2 gilt auch für die Annahme eines während eines Prozesses brieflich gemachten Vergleichsvorschlags. RG. DJZ. **02** 288.

§ 150. Bietet nach abgeschlossenem Vertrage der eine Vertragstheil die Auflösung des Vertrages schlechthin an, während der andere Theil sich zwar mit der Auflösung einverstanden erklärt, aber sich Entschädigungsansprüche vorbehält, so kommt wegen des gemachten Vorbehalts ein Auflösungsvertrag nicht zu stande. RG. v. 4. 7. 02, JW. **02** Beil. 261.

§ 151. § 151 sagt nicht, daß der Vertrag ohne jede Erklärung zu stande komme, sondern nur ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden. Er verneint also das Erforderniß der empfangsbedürftigen Willenserklärung für die Annahme, nicht das Erforderniß der Willenserklärung überhaupt. Der Realvollzug ist vielmehr Willenserklärung und zwar direkte Willenserkläruug: weder eine stillschweigende, noch eine stille. Crome, Syst. **1** 382.

Aus der Judikatur vgl. RG. SächsA. **10** 768, **11** 453, **12** 62.

§ 152. Wird ein gerichtlich oder notariell zu beurkundender Vertrag in der Weise ohne gleichzeitige Anwesenheit beider Theile beurkundet, daß erst der Vertragsantrag und dann die Antragsannahme beurkundet wird, so kommt der Vertrag zwar regelmäßig durch die Beurkundung der Annahme zustande; indessen tritt das nicht ein, wenn ausdrücklich oder stillschweigend ein Anderes bestimmt ist. Bindet sich der Antragende an seinen Antrag nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt oder eine bestimmte Frist, so liegt darin regelmäßig die Bestimmung, daß dem Antragenden die Annahmeerklärung auch bis zu jenem Zeitpunkt oder innerhalb der Frist zugehen müsse, so daß die bloße Abgabe der Annahmeerklärung zu gerichtlichem oder notariellem Protokoll innerhalb des Fristablaufs nicht genügt. RG. **49** 127, JW. **01** 865 Beil. 164.

§ 154. 1. Der Behauptung des Vertragsschlusses über eine Leistung von bestimmter Höhe, die als Gegenleistung einer anderen erfolgen soll, steht die Behauptung des fertigen Vertragsschlusses ohne ausdrückliche Bestimmung des Betrags der ersteren Leistung als Behauptung eines verschiedenen Vertragsschlusses

gegenüber. Wer auf den einen oder anderen dieser Verträge einen Angriff gründet, muß den von ihm behaupteten Vertrag beweisen. Wird der fertige Vertragsschluß ohne bestimmte Abrede der Höhe der Leistung bewiesen, so gilt auch beim Kaufe im Zweifel der andere Theil als berechtigt, die Höhe der Leistung zu bestimmen, vorbehaltlich des Verlangens richterlicher Feststellung wegen Unbilligkeit der Forderung. Aber der Nachweis eines anderen Inhalts der stillschweigenden Abrede — z. B. unbedingter Geltung der im Geschäfte des Leistenden üblichen Preise, — Leistung zu dem vom Leistenden als angemessen zu erweisenden Preise — steht offen. Eccius, Gruchots Beitr. **45** 271.

2. Die vorläufige Unbestimmtheit der Entschließung bei Abgabe einer Erklärung berührt deren Wirksamkeit nicht, wenn die zur künftigen Hebung dieser Unbestimmtheit erforderlichen Momente bei der Abgabe dem Erklärenden bewußt vorliegen. Monich, Willenserkl. 53 f., 96, 103 ff. — Bemerkungen über die Bedeutung des Einheitswillens bei Monich, a. a. O. 72, 97.

3. Ein gerichtlicher Vergleich kommt erst durch die Genehmigung des Protokolls zustande. Die CPO. enthält allerdings Bestimmungen über den Abschluß von Vergleichen nicht: nicht §§ 160, 162, 164, 794 CPO. Maßgebend ist allein § 154 BGB., der entsprechend anzuwenden ist. Eine Beurkundung ist nicht nur dann verabredet, wenn die Parteien ausdrücklich die Beurkundung vereinbaren, sondern auch dann, wenn sie sich zum gesetzmäßigen Abschluß eines Vertrags anschicken, hinsichtlich dessen das Gesetz, sei es überhaupt, sei es für volle Rechtswirksamkeit, Beurkundung verlangt. Francke, R. **01** 169 f. Gegen Rospat ebendort 119.

§ 155. Es ist zu prüfen, ob das Vereinbarte mit den dafür einzubringenden Ergänzungen einen Vertragsinhalt darstellt, der mit den Grundsätzen des richtigen Rechts sich im Einklange befindet. Stammler, Die Lehre von dem Richtigen Rechte 550.

§ 156. 1. Ueber gerichtliche und notarielle Beurkundung von Versteigerungen, insbes. von Grundstücken vgl. Josef, Komm. z. Reichs- u. preuß. FGG. zu § 181 u. Artt. 66 ff. Danach muß der Verkäufer bei der Versteigerung anwesend sein, damit er einen der in den einzelnen Geboten liegenden Vertragsanträge annimmt, d. h. einem der Bieter den Zuschlag ertheilt.

2. Wolff, Komm. z. ZwVG. Anm. 1 zu § 90 führt aus, daß auch durch die Zwangsversteigerung von Grundstücken ein Kaufgeschäft begründet wird, und verfolgt die Konsequenzen dieser Ansicht.

3. Bei gerichtlicher oder notarieller Versteigerung hat den Zuschlag nicht der Richter oder Notar, sondern der Veräußerer zu ertheilen. Bei Versteigerung eines Grundstücks muß diese Ertheilung zu gerichtlichem oder notariellem Protokoll erfolgen. Jastrow, I 60 § 181 Anm. 1c, II 69, 71 Muster 39 Anm. 11.

§ 157. Literatur: Stammler, Die Lehre von dem Richtigen Rechte (1902). — Schneider, Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse (1902).

1. Diese Bestimmung leidet keine Anwendung auf die Auslegung von Gesetzen. Daß die aus den Gesetzen fließenden Rechte nur nach Treu und Glauben genutzt werden, dafür ist meist durch spezielle Vorschrift Sorge getragen. — Auch § 227 BGB. gewährt keinen allgemeinen Schutz in dieser Hinsicht. — Vallentin, Draufgabe des gem. Rechts. Draufgabe des BGB. 36.

Monich, Willenserkl. 101 f., 157 ff. tritt der Auffassung entgegen, daß der Paragraph eine abweichende Auslegungsvorschrift für Verträge aufstelle.

2. „Die Verkehrssitte" hat Bedeutung nicht nur für die Auslegung von Verträgen, sondern aller Willenserklärungen. Diese selbst sind ein Bestandtheil des Verkehrs, ohne den sie nicht möglich wären, und insbesondere ist der für die Auslegung

der durch Worte vollzogenen Willenserklärungen maßgebende Sprachgebrauch nichts Anderes als ein Stück der Verkehrssitte. Giebt das Gesetz eine sog. Auslegungsvorschrift, so wird ihre Anordnung ausgeschlossen durch eine abweichende Verkehrssitte. Hölder, R. 01 216 ff.

Die Verkehrssitte ist nur einer der Umstände, nach denen der Gesetzgeber die in den §§ 242 und 157 gemeinte Mittellinie bestimmen lassen will, nur ein von ihm deshalb besonders hervorgehobener Bestandtheil des Begriffs „Treu und Glauben", damit der Richter immer nach ihr hinschaue und sie in seinem Endergebnisse, ohne sie etwa immer als durchschlagend zu behandeln, mit verarbeite. Dabei fragt es sich immer, ob eine solche Verkehrssitte im gegebenen Streitfalle vorhanden ist, was jedenfalls nur hin und wieder der Fall sein kann, ferner, ob sie als solche, als eingefestigte Sitte, nicht bloß flüchtige Verkehrslaune, feststellbar, ob sie nicht bloß eine einseitig im Interesse eines Standes gepflegte oder gar eine schlechte sei, wie überhaupt dem Richter nur eine „Rücksichtnahme" befohlen wird; als unbedingt maßgeblich ist sie nicht zu behandeln. Schneider 149 ff.

In Fällen, in welchen bei einseitigen Handelsgeschäften der Einwand der Verspätung einer Mängelrüge als Verletzung einer gemäß § 157 begründeten Vertragspflicht geltend gemacht wird, ist zu prüfen, ob der Kaufvertrag so auszulegen ist, daß nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bei solchen Geschäften eine alsbaldige Rüge des Mangels als eine vertragliche Verpflichtung des Käufers anzusehen ist und die Unterlassung einer rechtzeitigen Mangelrüge als Verzicht hieraus und stillschweigende Genehmigung der Waare zu gelten hat. **RG.** v. 1. 11. 01 **49** 161, JW. **01** 849. Dagegen Staub, DJZ. **02** 24: Wenn eine Verkehrsübung sich gebildet hat, ist auf sie Rücksicht zu nehmen; die Anwendung des § 157 ist aber nicht davon, daß sich eine thatsächliche Uebung gebildet hat, abhängig.

Der in den §§ 157, 242 anerkannte subjektive Beurtheilungsmaßstab erfährt seine Korrektur durch die Verweisung auf das durchaus objektive Moment der Verkehrssitte; sie ist nicht ein zweites, gleichberechtigtes Prinzip neben Treu und Glauben, sondern soll vielmehr bei Feststellung dessen, was im Einzelfall nach Treu und Glauben zu erfordern ist, vornehmlich berücksichtigt werden. Oertmann, Das Billigkeitsprinzip im BGB. R. **00** 28.

Den Zusatz „mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" erklärt für überflüssig Stammler a. a. O. (s. u.).

3. a) Bei der Auslegung von Verträgen muß man sich erinnern, daß das einzelne Rechtsgeschäft mit dem Grundgedanken des Rechts überhaupt in Einklang bleiben soll. Ein Verstoß gegen diesen Satz ist eine Gesetzes-Verletzung und begründet die Revision. Stammler 504.

Erst wenn die Vorfrage, daß die Verhandelnden sich inhaltlich geeinigt haben, bejaht ist, beginnt die Arbeit nach § 157. Während § 242 bloß auf das Ausführen eines Schuldverhältnisses geht, geht § 157 auf alle möglichen Folgen eines Vertrags; anderseits handelt es sich hier nur um Verträge und zwar auch abstrakte, dort um alle Schuldverhältnisse; ferner steht nach § 242 von vornherein fest, was geleistet werden soll, bei § 157 ist es für den gerade streitigen Punkt unsicher, was als gewollter Vertragsinhalt anzusehen sei. — Namentlich wichtig wird der § 157 bei der Frage des Maßes einer schuldnerischen Leistung. Das Gericht hat die im Werthe objektiv richtige Gegenleistung der einen Seite soweit nur möglich herauszubringen und die so abgemessene Verpflichtung als Inhalt des Vertrags zu erkennen. Stammler 525 ff.

Vgl. auch Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren (1897) 36 ff. Dagegen Oertmann, R. **00** 3 ff., 25 ff.

b) Schneider führt aus: § 157 ist insbesondere für die Feststellung des

Anwendungsgebiets des Grundsatzes von Treu und Glauben, § 242 für die seines Inhalts im Schuldrecht wichtig (89). Es ist eine seiner wesentlichsten Aufgaben, das von dem Rechtszwange des gesetzten Rechts freie Gebiet, auf dem sich das richterliche Ermessen nach § 242 zu bethätigen hat, darzuthun (90/91). Er soll eine etwaige Versperrung durch bloße Worte beseitigen und die Ausgleichung zwischen Rechtsnorm und Streitfall ermöglichen, in theils einschränkender, theils ausdehnender Auslegung. Er enthält auch noch das Gebot einer verständigen Auslegung der Verträge überhaupt, wobei jedoch „Treu und Glauben" nicht in Betracht kommen. Die Worte drücken sprachlich etwa die Zuversicht auf das gesetz- und vertragsmäßige Handeln des Gegners aus, in einer Art und Weise, wie man es denn auch selbst gutheißen möchte und müßte. — Vgl. auch zum § 242.

c) Hachenburg, Vortr. 6. Auslegen bedeute nicht Feststellung des Parteiwillens; hierfür bestimme § 133 allgemein, daß der wirkliche Wille zu erforschen. Nach § 157 solle auch der geäußerte und festgestellte Wille der Partei diese nicht zu einem Resultate nöthigen, das der Billigkeit widerspreche. Die Regel schütze z. B. den Miether, dessen Frau todtkrank daniederliege, vor einer Verurtheilung zur Rückgabe der Miethwohnung nach abgelaufener Miethzeit.

d) Der Richter hat sich nach § 157 den auslegenden Rechtssatz, den er anzuwenden hat, zu bilden aus den Gewohnheiten des Lebens und das konkrete Rechtsgeschäft danach zu deuten, d. h. in dem Sinne, den ihm die Volksgenossen geben. Diese auslegenden Rechtssätze sind dispositiv; sie kommen nicht zur Anwendung, wenn die Parteien selbst die Bedeutung der Worte festgestellt haben; sie sind Gewohnheitsrechtssätze, unterliegen der Revision. Danz, Laienverstand und Rechtsprechung in Iherings J. **38** 433 ff., 454 ff., 496. Separatabdruck 61 ff., 82 ff., 94, 124.

e) Hagen, SächsA. **6** 281 formulirt den einen dem § 157 BGB. bezw. § 153 des Entwurfs innewohnenden Gedanken dahin: „Bei der Bestimmung der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien ist außer dem erklärten Vertragswillen auch der Wille zu beachten, der beiden Parteien selbstverständlich gewesen ist oder einer Partei selbstverständlich sein durfte."

4. Exceptio doli generalis. Hachenburg entnimmt den §§ 157, 242 die Regel, daß jeder Anspruch zurückzuweisen sei, welcher gegen das Prinzip von Treu und Glauben verstoße, wenn er zwar als Rechtskonsequenz, aber als Ausnützung wider Treu und Glauben erscheine. Die exceptio doli generalis des römischen Rechtes sei damit eingeführt, nur sei der Schwerpunkt aus der subjektiven Seite auf die objektive des Rechtsgefühls verschoben. — Eck, Vortr. 49. Das BGB. stelle zwar eine exceptio doli nirgend auf, diese müsse aber auch ohne positive Anerkennung, gleichsam von Gottes Gnaden gelten (vgl. zu § 121).

Mit dieser Vorschrift hat auch die exc. (replica) doli generalis in ihrer allgemeinen civilrechtlichen Natur Anerkennung gefunden (Strieth. A. **16** 158, **61** 325); sie dient dem Zwecke, gewissenloser Ausbeutung der Rechte zu begegnen. Bendix, Privatr. 120, 137. — Ueber die exc. doli generalis s. insbes. auch Schneider, der ihr für das moderne Recht scharf entgegen tritt.

5. Ueber die Frage, ob nach dem BGB. die Auslegung der Rechtsgeschäfte der Prüfung des Revisionsgerichts unterliegt, s. Danz, DJZ. **99** 139 ff. u. oben zu 3d, der die Frage bejaht; gegen ihn Petersen, das. 281 ff.

6. Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordert, daß der Vermiether, wenn er von dem ihm für den Fall unpünktlicher Miethzahlung eingeräumten Kündigungsrecht Gebrauch machen will, dasselbe innerhalb angemessener Frist nach Eintritt des Verzugs ausübt; anderenfalls entscheidet er sich stillschweigend für Fortsetzung des Miethverhältnisses und verzichtet auf sein

Kündigungsrecht. Der Vermiether verliert dieses Recht im Falle verzögerter Ausübung, ohne daß es darauf ankommt, ob und wann der Miether seinen Zahlungsverzug beseitigt. RG. JW., 02 69.

Praktische Fälle s. auch bei Schneider a. a. O. und Stammler a. a. O. 530—548.

Vierter Titel.

Bedingung. Zeitbestimmung.

§ 158. 1. Bedingung und Zeitbestimmung sind nach Manigk, Anwendungsgeb. d. Vorschr. f. Rechtsgesch. 289 ff. nur bei den Rechtsgeschäften möglich, nicht bei den Rechtshandlungen.

Daß die sog. conditio in praesens vel in praeteritum collata nichts Wesentliches mit der echten Bedingung des § 158 gemein hat, erörtert Manigk a. a. O. 275 Anm. 1. Das Nichtvorliegen einer conditio in praesens oder in praeteritum falle unter den Begriff des Irrthums.

Wenn die Bedingung eine Potestativbedingung ist, braucht der die letztere Erfüllende nicht den Willen zu haben, durch seine Erfüllungshandlung die bedingte Rechtswirkung zur Entstehung zu bringen. Diese Erfüllung ist daher im Gegensatze zur Erfüllung einer Obligation kein Rechtsgeschäft. Manigk 43 f.

Einseitige Erklärungen können regelmäßig nicht bedingt abgegeben werden. Anders wenn der Erklärende durch eine Zwangslage genöthigt wird, schon vor der Aufklärung über den bedingenden Umstand seine Erklärung abzugeben. Leonhard, Iherings J. **41** 57 ff. Nach Crome, Syst. **1** 437 dulden einseitige Geschäfte, welche, wie die Kündigung und Mahnung, eine endgültige Entschließung in sich schließen sollen, keine Bedingung, sofern nicht in concreto der Geschäftsgegner in die bedingte Vornahme einwilligt.

Monich, Willenserkl. 48 ff., 151 f., nimmt eine bedingte Erklärung, ein bedingtes Geschäft an, wenn die Absicht der Betheiligten unmittelbar nur auf Herbeiführung eines Schwebezustandes und dessen Hebung durch das bedingende Ereigniß gerichtet ist.

2. Vor Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins (§ 163) ist ein Anspruch und ein Schuldverhältniß nicht vorhanden. Hellwig, Anspruch und Klagrecht 5 f. Es kann nur von einem bedingten oder befristeten Anspruche die Rede sein. Hellwig 39 N. 4.

Vor Eintritt der Bedingung tritt nur die durch §§ 160 ff. genau bestimmte Gebundenheit der Kontrahenten, nicht ein auf die vertragsmäßige Leistung bereits gerichtetes Schuldverhältniß im Sinne von § 241 ein. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen 30, 87.

3. Von der Vertragsstrafe unterscheidet sich die Resolutivbedingung dadurch, daß diese das Hauptgeschäft in seiner Wurzel trifft (Strieth. A. **57** 277), während die Vertragsstrafe nur als Zwangsmittel dient und das Interesse des Gläubigers sichert, den Charakter des Hauptgeschäfts aber nicht berührt. Bendix, Privatr. 164.

4. a) Die Beweislast für die Behauptung der Hinzufügung einer auflösenden Bedingung trifft denjenigen, welcher sich darauf beruft, da er ja die sofortige Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses zugiebt und nur dessen Wiederaufhebung geltend macht; deren Beweis aber liegt nach allgemeinen Grundsätzen demjenigen ob, welcher sie vorschützt. RG. **28** 145 ff. Wird dagegen der Abschluß eines Rechtsgeschäfts unter einer Suspensivbedingung geltend gemacht, so wird dadurch der bedingungslose Abschluß bestritten; die Beweislast trifft somit denjenigen, welcher sich auf ihn beruft (RG. **18** 158), ohne Rücksicht auf seine Parteirolle. Wendet also z. B. Beklagter ein, die Fälligkeit des eingeklagten Wechsels habe

erst mit der Fälligkeit des dem Kläger abgetretenen Hypothekenkapitals eintreten sollen, so muß Beklagter auf die Replik des Klägers, diese Abrede sei nur unter der Bedingung getroffen, daß Beklagter den Diskont zahle, das unbedingte Abkommen beweisen. ROHG. **18** 158. Bendix, Privatr. 166.

b) Weiter wird ausgeführt:

Da die Wirkung der Bedingung, daß nämlich das Rechtsgeschäft erst mit dem Eintritte eines ungewissen Ereignisses in Wirksamkeit tritt oder daß seine Wirksamkeit von diesem Zeitpunkte aufhört, von einem besonderen Rechtssatze (dem § 158) normiert ist und die Anwendung dieser Norm von dem Feststehen seiner Voraussetzungen abhängt, so meint Rosenberg, Beweislast 84, daß stets die Bedingung zu beweisen ist, namentlich auch von dem Beklagten, der behauptet, der klagbegründende Vertrag sei unter einer — aufschiebenden oder auflösenden Bedingung abgeschlossen worden. — Die Erfüllung der Bedingung muß der beweisen, der die Wirkung des bedingten Geschäftes beansprucht. Anders aber, wenn das Rechtsgeschäft durch ein Unterlassen bedingt ist; hier muß der andere beweisen, daß die verbotene Handlung vorgenommen worden sei; (arg. §§ 354, 358); so Rosenberg, Beweislast 118.

c) Die Beweislast für die Setzung einer Bedingung oder Befristung trifft denjenigen, welcher die Setzung behauptet, gleichviel, ob es sich um eine aufschiebende oder um eine auflösende Bedingung oder Befristung handelt. Dies ergiebt sich aus der Grundregel der Beweislast, wonach jede Partei nur den Thatbestand, d. h. die thatsächlichen Voraussetzungen derjenigen Rechtsnorm zu beweisen (und zu behaupten) hat, deren Rechtswirkung (rechtserzeugende oder rechtsvernichtende bzw. -hindernde) sie für sich geltend macht, d. h. die sie vom Richter angewendet sehen will. Demnach genügt es z. B. für den Darlehenskläger, die Voraussetzungen des § 607 und der Ergänzungsnormen: § 244 (Geld), §§ 90 u. 91 (Fungibilien), dargethan zu haben; will der Beklagte aus §§ 158 oder 163 eine Rechtswirkung herleiten, so ist es seine Sache, den Thatbestand dieser Normen (ebenso wie z. B. beim Einwande des Scheines den Thatbestand des § 117) zur gerichtlichen Feststellung zu bringen. Betzinger, Handbuch der Beweislast in CPO. 350 mit eingehender theoretischer und praktischer Bekämpfung (329 ff.) der sog. Leugnungstheorie, welche von dem Kläger den Beweis der Nichtsetzung der Bedingung verlangt. Ebenso und wesentlich aus denselben Gründen wie Betzinger: Kreß, Beweislast nach BGB. 108 u. 61; Beckh, Beweislast nach BGB. 175; Rosenberg, Beweislast nach BGB. und CPO. 74; Staub, HGB. I 13 ff. — unter ausführlicher Erörterung der entgegengesetzten Auffassung Stölzels; Düringer-Hachenburg, BGB. II 176 ff. — Vgl. ferner Betzinger, R. **01** 161 ff. gegen Stölzel und für die Einredetheorie, giebt insbesondere einen Ueberblick über die neuere Geschichte und den damaligen Stand der Literatur zu diesem Problem. Gegen ihn eingehend für die Leugnungstheorie Stölzel ebenda 503 ff. mit weiteren Nachweisen. — Dafür, daß die Behauptung, daß beim Kaufabschlusse die Stundung des Preises verabredet sei, zu beweisen habe wer sich auf die Stundung beruft, OLG. **5** 144 (Königsb.). Dagegen mit Entschiedenheit Stölzel R. **02** 571 ff., der ausführt, daß das Urtheil der feststehenden, mit Stölzel übereinstimmenden, Staubs und Rassows Ansicht verwerfenden reichsgerichtlichen Praxis widerspreche.

d) Gareis, Allg. Th. 195, 197, 198 bemerkt: Das BGB. geht davon aus, daß derjenige, welcher sich auf ein Rechtsgeschäft stützt, nur die Essentialien, wenn sie bestritten sind, also nur den die Regel bildenden Thatbestand zu beweisen hat, und nicht das Fehlen einer Abweichung vom Normalen; demnach hat nicht derjenige, der die Unbedingtheit eines zugestandenen Rechtsgeschäfts

behauptet, eine Beweispflicht, sondern derjenige, der die besonders gestaltete Bedingtheit des Rechtsgeschäfts behauptet.

5. Nachträglicher Eintritt der Unmöglichkeit ist kein Ausfall der Bedingung (irrig Motive I 365), nachträglicher Eintritt der Nothwendigkeit keine Erfüllung der Bedingung. In beiden Fällen hört nur die Ungewißheit über die künftige Erfüllung auf, die Bedingung verliert den Charakter der wahren Bedingung. Indeß muß sich auch das BGB. die Entstehung der Gewißheit über den künftigen Eintritt oder Ausfall der Bedingung genügen lassen, um das Rechtsgeschäft sofort zu behandeln, gleich als ob die Bedingung in Wirklichkeit schon eingetreten oder ausgefallen wäre. Liebknecht, Vorbehaltszahlung 17 Note 11.

§ 160. Jeder bedingt Berechtigte kann gegen den bedingt Belasteten auf Verbot der im § 160 bezeichneten Handlungen klagen. Hellwig, Anspruch 396. Auch eine einstweilige Verfügung ist zulässig. Note 41.

§ 161. 1. Die ratio legis für „die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten", ist das Interesse der Verkehrssicherheit. Sie sind nur „entsprechend", also soweit ihre ratio im vorliegenden Falle zutrifft, anwendbar. Monich, Willenserkl. 34, 163.

2. Die Verfügungen sind nicht schlechthin nichtig, auch nicht anfechtbar, sondern nur insoweit unwirksam, als sie die bezweckte Wirksamkeit des bedingten Rechtsgeschäfts vereiteln oder beeinträchtigen würden; diese Unwirksamkeit kann hier von Jedem, nicht bloß von dem bedingt Berechtigten und dessen Erben, geltend gemacht werden, ist also nicht, wie in den Fällen der §§ 135, 136, eine nur relative. Bendix, Privatr. 168, 169.

3. Ist eine Forderung unter einer Bedingung abgetreten, so kann der Schuldner während des Schwebezustandes mit Sicherheit weder an den bisherigen noch an den jetzigen Gläubiger leisten, da die Annahme der Erfüllung eine Verfügung ist. Der Schuldner hat daher ein Leistungsverweigerungsrecht. Hellwig, Anspruch 214 f.

4. Die Rechtsnachfolge, die sich durch den Eintritt der auflösenden Bedingung oder des Endtermins vollzieht, ist eine translative Sukzession, wenn für den Erwerber eine solche eingetreten war und eine restitutive Sukzession, wenn für den Erwerber eine konstitutive Sukzession vorlag. — Mit dem Rückfalle des Eigenthums wird nicht auch ipso jure der Besitz zurückerworben. Hellwig, Anspruch 113.

5. Zu den Vorschriften des Abs. 3 gehört auch § 407 Abs. 2. Hellwig, nspruch 408 f.

6. Bedingung und Zeitbestimmung sind nicht zu den Verfügungsbeschränkungen zu rechnen. Maenner, Das Recht der Grundstücke nach dem BGB. und der GBO. 36.

§ 162. 1. In § 162 bedeuten die Worte „Treu und Glauben" dasselbe wie im § 815, aber etwas anderes als in den §§ 157, 242, 320. Ein argloses Ueberschreiten der durch „Treu und Glauben" gebotenen Scheidungslinie genügt nicht, mindestens wird die Absicht der Vereitelung gefordert; eine wirkliche Gleichstellung mit „Arglist" erscheint kaum abwegig. Schneider, Treu und Glauben 153 ff.

Stammler, Die Lehre von dem Richtigen Rechte 585 ff. sieht hier einen Fall, wo der eine einseitig vorgehende und den Erfolg der beabsichtigten Gemeinschaft vereitelnde Theil gegen die Grundsätze des „Bestehens", und zwar je nach dem Thatbestande des Achtens oder des Theilnehmens verstößt. Die Worte „Treu und Glauben" können auch mit den Worten „gegen das Ziel der richtig ausgeführten Sondergemeinschaft dieses Falles" wiedergegeben werden.

2. Die Bedingung gilt als eingetreten, wenn die Partei, zu deren Nachtheil der Eintritt gereichen würde, also bei der Suspensivbedingung der bedingt Verpflichtete und bei der Resolutivbedingung derjenige, dessen Recht alsdann

zur Aufhebung gelangte, den Eintritt wider Treu und Glauben, d. h. durch einen bewußt rechtswidrigen Verstoß gegen den Inhalt des konkreten Rechtsgeschäfts verhindert (Ob.-Trib. **50** 23, Strieth. Arch. **97** 267, RG. **10** 296); ein arglistiges, auf Benachtheiligung des anderen Theiles abzielendes Gebahren wird nicht erfordert (ROHG. **21** 125). Eine Klage auf Erfüllung der Bedingung erscheint jedenfalls unstatthaft, non est in obligatione, quod est in condicione, condicio nihil disponit (ObTrib. **12** 31, Strieth. Arch. **47** 23). Bendix, Privatr. 167, 170.

3. § 162 bezieht sich nur auf Bedingungen im technischen Sinne, von denen in den §§ 158 ff. die Rede ist, d. h. auf vertragsmäßige Nebenbestimmungen. Erklärungsfristen, die zum großen Theil gesetzliche sind, z. B. die Fristen zur Annahme einer Offerte, können nicht als Nebenbestimmungen gelten und fallen deshalb nicht unter § 162. Aus diesem Grunde ist § 162 auch nicht anwendbar auf den Fall, wenn Jemand, der zur Entgegennahme einer Erklärung binnen einer gewissen Frist verpflichtet ist, die rechtzeitige Entgegennahme dieser Erklärung absichtlich verhindert (gegen Habicht, DJZ. **01** 265 ff.). In solchen Fällen ist vielmehr anzunehmen, daß die für die Abgabe der Erklärung gesetzlich oder vertragsmäßig gesteckte Frist nicht abläuft, so daß die Erklärung also auch später noch, unverzüglich nach Beseitigung des Hindernisses abgegeben werden kann. Dernburg **1** 401. Daß man „Bedingung" nicht im Sinne von „Vertragsbestimmung" verstehen darf, betont auch Schneider a. a. O. 154.

§ 163. 1. Ein Rechtsgeschäft mit einem für seine Wirkung bestimmten Anfangstermine liegt nur vor, wenn das Rechtsgeschäft mit diesem Termin überhaupt erst Wirkung äußern soll. Bei Rechtsgeschäften, durch welche ein Forderungsrecht begründet werden soll, kommt ein solcher Anfangstermin regelmäßig nicht vor. Die Forderung soll sofort entstehen, nur die Geltendmachung soll hinausgeschoben sein. Eine Forderung mit hinausgeschobenem Anfangstermin aber ist im § 2177 vorausgesetzt, wonach das Vermächtniß mit Anfangstermin erst mit diesem anfällt, also nach § 2176 erst dann die Forderung entsteht. Diese Bestimmung gilt aber nicht für die Vermächtnisse mit hinausgeschobenem Leistungstage, sondern nur für die Vermächtnisse, für die ein Anfangstermin in dem Sinne bestimmt ist, daß erst mit seinem Eintritte die Vermächtnißforderung entstehen soll. Eccius, Gruchots Beitr. **45** 436.

2. Am letzten Ende entscheiden der Wille und die Absicht des Erklärenden darüber, ob die einer Verfügung von Todeswegen oder einem Geschäft unter Lebenden beigefügte Beschränkung als condicio oder dies aufzufassen sei. Insbesondere kann die Parteiintention dahin gehen, daß das an sich ungewisse Ereigniß nur den Zeitpunkt der von vornherein als sicher angenommenen Verwirklichung der maßgebenden Thatsache bestimmen soll. RG. **8** 141 ff., 190.

Mit dem einem Rechtsgeschäft beigefügten Anfangstermin kann gemeint sein, daß das Recht mit dem Eintritt des Termins überhaupt erst in Wirksamkeit treten oder, daß es sofort endgültig entstehen und nur seine Ausübung bis zu dem Eintritt des Termins aufgeschoben sein soll. Im ersteren Fall liegt eine wirkliche Bedingung, im letzteren eine Befristung vor. Was gemeint ist, ist Auslegungsfrage. RG. v. 3. 2. 02 JW. **02** Beil. 191, SächsA. **12** 58, Seuff. A. 3. F. **2** 217, Gruchots Beitr. **46** 366. Dagegen Hölder, R. **02** 413 ff. Der Unterschied zwischen einer Bedingung und einem bloßen Termin besteht darin, daß, was lediglich von einem solchen abhängt, nur bis zu seinem vielleicht früher oder später erfolgenden, aber keinesfalls ausbleibenden Eintritte hinausgeschoben ist, wogegen das von einer Bedingung Abhängende nicht nur bezüglich seiner Zeit von der Zeit ihres Eintritts, sondern auch bezüglich der Frage, ob es überhaupt eintreten wird, davon abhängt, daß der Eintritt der Bedingung erfolgt,

für den zur Zeit nur seine Möglichkeit, aber nicht seine Nothwendigkeit feststeht. Es ist eine Frage der Auslegung, ob die durch die Fassung der Erklärung gegebene Verstellung der Rechtswirkung auf ein ungewisses Ereigniß oder auf die Zeit eines gewissen Ereignisses wirklich vorliegt oder nicht. Liegt jene vor, so existiert immer eine Bedingung, liegt diese vor, eine Befristung.

Fünfter Titel.

Vertretung. Vollmacht.

Biermann, Zur Lehre v. d. Stellvertretung u. Vollmacht in d. Gießener Festgabe f. Dernburg, Berlin 1900. 91 ff. — Hupka, Vollmacht. Leipzig 1900. — Isay, Geschäftsführung n. d. BGB. Jena 1900. — Manigk, Anwendungsgebiet d. Vorschriften f. d. Rechtsgeschäfte. Breslau 1901. — Romeick, Vollmacht, in Jb. d. Württemb. Rechtspfl. **12** 121 ff. — Rümelin, Handeln in fremdem Namen im BGB., A.civPr. **93** 131 ff. — Schloßmann, Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen I. Leipzig, 1900; II 1902. — Schloßmann, Organ und Stellvertreter, in Iherings J. **44** 289 ff.

1. In Iherings J. **44** 289 ff. führt Schloßmann aus, daß die Organe der juristischen Person, die verfassungsmäßig oder nach dem Gesetz berufen sind, für die juristische Person zu handeln, nichts Anderes als Vertreter seien, uud daß in Folge dessen da, wo bei ihren für die juristische Person vorgenommenen Handlungen das Verhältniß ihrer selbst zu der juristischen Person in Betracht kommt, die Beurtheilung nach den allgemeinen Grundsätzen von der Vertretung zu erfolgen habe. Die ganze Lehre von den „Organen" der juristischen Person in ihrem Gegensatze zum Vertreter beruhe auf einem ungesunden Mystizismus, die Stellung zu der juristischen Person sei in nichts verschieden von der des Vertreters zum Vertretenen. Schloßmann ist der Ansicht, daß die Begriffe und Grundsätze von der Stellvertretung, wie sie im Privatrecht ihre Ausbildung erfahren haben, nicht nur in der Lehre von der juristischen Person, einem Rechtsgebiete, welches weit über das Gebiet des Privatrechts hinausrage, sondern überhaupt im öffentlichen Rechte verwerthet werden können und müssen (vgl. bes. 314 ff.) Im Gegensatze hierzu führt Preuß (ebendaselbst 429 ff.) in einer gegen Schloßmann gerichteten Replik aus, daß das Rechtsverhältniß zwischen der Gesammtperson und der ihr eingegliederten Organperson nicht das gleiche sei, wie das zwischen dem Stellvertreter und der vertretenen Einzelperson, denn es sei ein Gewaltverhältniß, ein Rechtsverhältniß von zwei ungleichen Willen, da der Organwille dem Gemeinwillen subordinirt sei (469).

2. Vertretung ist die Besorgung fremder Angelegenheiten auf Gefahr und Rechnung des Interessenten. Schloßmann verwirft die Lehre von dem Bestehen zweier verschiedener Arten von Stellvertretung, der direkten und der mittelbaren Vertretung, er mißbilligt die Willenstheorie des B.G.B. (§ 164 Abs. 2), nach der für die Frage, ob das in fremdem Interesse mit dem Dritten geschlossene Geschäft sofort für und gegen den Anderen wirke oder ob seine Rechtsfolgen zunächst in der Person des Handelnden hervortreten, lediglich der Wille der Betheiligten entscheidend ist, und will hierüber allein das objektive Recht nach objektiven Gesichtspunkten entscheiden lassen. Schloßmann verwirft ferner die Begriffe „Handeln in eigenem und in fremdem Namen" als inhaltlos und den Begriff der Vollmacht als auf Tautologie beruhend. Stellvertretung I 34 ff., 95 ff., 229 ff., 373 ff.; II 109 ff., 417 ff.

Hiergegen wendet sich Manigk 314 ff., der ausführt, „im Namen eines Anderen" heißt, daß der Handelnde die von ihm geschäftlich beabsichtigten Wirkungen nicht, wie in der Regel, in seiner eigenen Person, sondern in der Person des Vertretenen eintreten lassen will, da dieser das Recht der autonomen Be-

stimmung in der sog. Vollmacht auf jenen delegirt hat. Er hebt (298) hervor, daß eine wahre Vertretung nicht überall da vorliege, wo direkte Wirkungen in einer dritten Person eintreten. Der Vertretung eigenthümlich ist die Abhängigkeit dieser Richtung der Wirkungen vom Parteiwillen (299, 352 ff.). Die sog. nothwendige Vertretung ist keine Vertretung im Sinne der §§ 164 ff. (312 ff.).

Die wahre Vertretung ist nur bei den Rechtsgeschäften, nicht bei den sog. Rechtshandlungen möglich. Das Erfolgen einer Willenserklärung ist hingegen, dem Wortlaut von § 164 widersprechend, zur Vornahme der Vertretung nicht wesentlich. Manigk 297 und 355 ff.

3. Die Grundsätze über die Stellvertretung bei Rechtsgeschäften finden auf nicht rechtsgeschäftliche Handlungen entsprechende Anwendung (z. B. Bauen, Verarbeiten). Wolff, Bau auf fremdem Boden 74 ff., 111, 114 ff. gegen Endemann, Einführung[5] I 339, Cosack, Lehrb. II 70.

Nach Biermann 93 liegt dagegen keine Stellvertretung vor, wenn die Handlung des Vertreters überhaupt keine Willenserklärung ist. Das Gesetz läßt hier völlig im Stiche, die Möglichkeit von Analogieen ist zweifelhaft, das gemeine Recht ist natürlich ebenfalls nicht ohne Weiteres zu verwerthen.

Neumann, 154 N. 2a, will, da die Vertretung bei Rechtshandlungen nicht allgemein geregelt ist, im Einzelnen prüfen, ob die Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Stellvertretung entsprechend anwendbar sind oder nicht.

Unbedingt für analoge Anwendung ist Dernburg, BGB. I 470. Fleck, A.bürgR. **9** 361 ff. spricht für Besitz- und Eigenthumserwerb durch Stellvertreter dem äußeren Auftreten des letzteren jede Bedeutung ab.

4. Die Vorschriften dieses Titels beziehen sich nicht auf die Vertretung im Prozesse, welche erschöpfend in den Prozeßordnungen geregelt ist. Die Prozeßvollmacht ermächtigt zur Abgabe und Entgegennahme solcher rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen, welche zur sachgemäßen Durchführung des Prozeßzweckes erforderlich und üblich sind (z. B. Anfechtung, Aufrechnung, Rücktritt, Wandelung) **RG. 49** 392, **50** 143, JW. **01** 495, 766. Dies ergiebt auch die richtige Auslegung des zwischen dem Prozeßvertreter und seiner Partei bestehenden civilrechtlichen Rechtsverhältnisses. Eccius, Gruchots Beitr. **42** 253. Brettner, DJZ. **98** 343 ff. gegen Planck zu § 388 N. 1. — Daß die Prozeßvollmacht als solche zur Vollziehung der Aufrechnung bevollmächtige, kann nicht angenommen werden. Eine dahin zielende stillschweigende Unterstellung des BGB. kann nichts ausmachen. Liebknecht, Vorbehaltszahlung 118 N. 33.

5. Den Gegensatz zum Vertreter bildet der Treuhänder, d. h. wer durch Rechtsgeschäft, obrigkeitlichen Akt oder Gesetz Rechte als Eigenrechte mit der Bestimmung empfangen hat, sie nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen. Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerl. Rechte 1 ff.

Er nimmt zwei Arten von Treuhändern an:

a) den Treuhänder mit unbeschränkter, den gesetzten Zweck überschießender Rechtsmacht, den die Zweckbestimmung nur obligatorisch gegenüber dem Treugeber verpflichtet, ohne dinglich gegen Dritte zu wirken (römische fiducia),

b) den deutschrechtlichen Treuhänder mit einer in Anpassung an den gesetzten Zweck eingeschränkten Rechtsmacht, so daß hier die Zweckbestimmung nicht bloß obligatorisch, sondern schon dinglich, also auch gegen Dritte wirkt. Die Einschränkung kann:

α) die Rechtsmacht des Treuhänders zu einer auflösend bedingten oder befristeten machen. Die Bedingung ist Tod, Wegfall des Treuhänders, eintretende Unerreichbarkeit des Zweckes, Gebrauch oder Verfügung zu anderem als dem gesetzten Zwecke. Ihr Eintritt führt nach § 158 Abs. 2 ohne Weiteres den Rückfall der Rechtsmacht an den Treugeber oder auch den Anfall an einen Anderen herbei.

Besondere Folgen: Vindikation gegen denjenigen, welcher das Gut bösgläubig vom ungetreuen Treuhänder erworben hat, gegen den pfändenden Gläubiger des Treuhänders, Aussonderung in seinem Konkurse.

Beispiele: Fiduziarische Stiftung, Sammlung öffentlicher Beiträge zu wohlthätigen, gemeinnützigen Zwecken, Vollgiro zum Inkasso, Pflegschaft für die Leibesfrucht und Pflegschaft für einen noch nicht erzeugten Nacherben (Deszendenzpflegschaft).

β) die Rechtsmacht des Treuhänders zu einem besonders gearteten, nicht unter die Kategorieen des 3. Buches des BGB. fallenden begrenzten dinglichen Rechte an fremder Sache machen. Das ist zulässig, weil das BGB. zwar nach System und Fassung, nicht aber nach seinem materiellen Inhalt einen numerus clausus der dinglichen Rechte kennt.

Beispiel: Testamentsvollstreckung (gesetzlicher Normaltypus).

γ) wo der Treuhänder eine nur obligatorische Rechtsmacht hat, eine inhaltliche Eingrenzung derselben bewirken.

Beispiele: Testamentsvollstreckung im Falle des § 2208 Abs. 2, Berechtigung zum Verlangen der Vollziehung einer erbrechtlichen Auflage gemäß § 2194, Treuhänderschaft in Gemäßheit des § 29 des Hypothekenbankgesetzes v. 13. 7. 99.

Bei der Auslegung der Parteiabsicht spricht die Vermuthung für die Kategorie zu 2, weil sie die Unstimmigkeit zwischen Rechtsmacht und Zweck vermeidet.

Dernburg, BGB. I 501 Anm. 1 erklärt Schultzes Annahme, daß das Recht des Treuhänders allgemein an die auflösende Bedingung geknüpft sei, daß der Tod des Treuhänders, Untreue desselben, insbesondere Verfügung zu anderen, als den gesetzten Zwecken ohne Weiteres den Rückfall an den Treugeber oder auch an einen Anderen herbeiführe, für unhaltbar.

6. Die Frage, ob Vertretungsmacht vorhanden war, kommt nur dann in Betracht, wenn ein Rechtsgeschäft im Namen eines Dritten vorgenommen ist, und sie ist stets dann zu bejahen, wenn der Vertretene durch Vollmacht oder als gesetzlicher Vertreter berechtigt war, im Namen des Dritten zu handeln.

Die Verfügungsmacht ist die Macht, eine Verfügung selbst wirksam vorzunehmen oder durch einen Vertreter vornehmen zu lassen. Sie kann dem Berechtigten fehlen und dem Nichtberechtigten zustehen. Wird eine Verfügung durch einen Vertreter vorgenommen, so kommt es nur darauf an, ob dem Vertretenen die Verfügungsmacht zusteht.

Vertretungs- und Verfügungsmacht haben ihre eigenen Entstehungs- und Erlöschungsgründe. Der Verlust der Verfügungsmacht läßt im Allgemeinen die Vertretungsmacht unberührt. Umgekehrt aber ist der bisherige Vertreter nicht mehr im Stande, die Verfügungsmacht des Vertretenen auszuüben, wenn die Vertretungsmacht erloschen ist. Die Grundsätze, welche gegen die Unkenntniß des Mangels der Vertretungsmacht schützen, sind total andere, als die Normen über den Schutz desjenigen, welcher den Verfügenden für verfügungsberechtigt gehalten hat. Hellwig, Anspruch 209. Derselbe, Rechtskraft 100 ff.

§ 164. 1. Die Wirkungen der Rechtshandlungen der gesetzlichen Vertreter Minderjähriger äußern sich unmittelbar für und gegen den Minderjährigen. Der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen zeichnet im Gewerbebetriebe des letzteren die Firma des Mündels ohne einen die Vertretungsbefugniß ausdrückenden Zusatz. Ihm liegen im Falle des Betriebs eines Handelsgewerbes die erforderlichen Anmeldungen zum Handelsregister ob. Frankenburger, Holdheims Mschr. 8 92.

Eine Wirkung gegenüber dem Dritten tritt nur ein, wenn die Beziehung auf ihn im Geschäft offen hervortritt („im Namen des Vertretenen" — Offen-

heitsprinzip). Sonst ist der „Geschäftsmittler" nicht Vertreter, sondern Ersatzmann. Leonhard, Vertretung bei Fahrnißerwerb 5 ff., 17 ff., 97 ff., 106 ff.

2. Nach Rosenberg, Beweislast 82 ff., muß stets die Vertretungsmacht und die Abgabe der Erklärung im Namen des Vertretenen bewiesen werden, so wenn der Kläger der Vertretene ist oder den Vertretenen in Anspruch nimmt, ferner dann, wenn der eine Vertragschließende von dem angeblichen Vertreter wegen mangelnder Vertretungsmacht Erfüllung oder Ersatz verlangt (BGB. § 179[1]) und namentlich in dem Falle, wenn der Beklagte einwendet, er habe zwar den Vertrag geschlossen, aber im Namen eines Anderen. In den letzten beiden Fällen trifft den Beklagten die Beweislast bezüglich der Vertretungsmacht.

3. Der Vertretene haftet — wie nach seitherigem Rechte — auch für das von dem gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreter (auch Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten) innerhalb seiner Vertretungsmacht bei Abgabe seiner Willenserklärung, insbesondere bei Eingehung eines Vertrags, bethätigte rechtswidrige Verhalten, also für diejenigen Abänderungen und Erweiterungen, welche die Vertragsleistung durch die Arglist oder Fahrlässigkeit des Vertreters erfährt. Ist der Vertragsabschluß nichtig oder infolge eines Umstandes, der dem Vertreter zur Last fällt, anfechtbar, so haftet der Vertretene regelmäßig nur nach § 831 (außerkontraktlich) und nur ausnahmsweise, namentlich im Falle einer dem Vertreter bekannten oder von ihm zu kennenden Unmöglichkeit oder Verbotswidrigkeit der Leistung (§§ 307, 309) oder bei einem Irrthum des Vertreters (§§ 119, 122), für das sogen. negative Vertragsinteresse. Brückner, R. **01** 300.

4. Wie nach preußischem Rechte (§ 90 ALR. I. 13) ist anzunehmen, daß eine Willenserklärung, die Jemand über den Rahmen der ihm zustehenden Vertretungsmacht hinaus im Namen des Vertretenen abgiebt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen insoweit wirkt, als sie durch den Inhalt der Vollmacht oder des Auftrags gedeckt ist; denn hinsichtlich dieses Theiles ist die Willenserklärung „innerhalb der zustehenden Vertretungsmacht" abgegeben; für den überschießenden Theil der Willenserklärung kommen die Vorschriften der §§ 177 und 179 zur Anwendung. Dies gilt jedoch nur, wenn die Natur des Geschäfts eine derartige Scheidung in einen gültigen und einen ungültigen Theil zuläßt, nicht aber, sobald es sich um eine einheitliche, untheilbare Leistung handelt. Vielmehr ist hier anzunehmen, daß der Vertretene gar nicht verpflichtet wird, weil die abgegebene Willenserklärung in ihrer Totalität vollmachts- bzw. auftragswidrig ist. Wenn also z. B. der zur Annahme eines Wechsels in bestimmter Höhe oder mit bestimmtem Fälligkeitstage Bevollmächtigte von seiner Vollmacht abweicht, so wird der Vertretene gar nicht verpflichtet, weil durch das Einsetzen einer vollmachtswidrigen Summe oder Datums dieser Bestandtheil des Wechsels hinfällig, mithin aber der ganze Wechsel ungültig wird, vgl. Art. 95 WO. Lehmann, Die Haftung des Akzeptanten aus dem durch einen Stellvertreter vollzogenen Akzept 71 ff.

Nach der formalen Natur des Wechsels, der aus sich selbst die Person des Berechtigten und Verpflichteten ergeben muß, gilt für Wechselverbindlichkeiten nicht der Satz, daß die Handelsgesellschaft durch Rechtsgeschäfte des persönlich haftenden Gesellschafters auch dann verpflichtet wird, wenn nur die Umstände ergeben, daß das Rechtsgeschäft nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte. **RG.** v. 5. 1. 01 **47** 165.

5. Der Abs. 2 hat lediglich den Zweck, den Gegenkontrahenten zu schützen, ihm darüber Gewißheit zu verschaffen, wer bei dem von ihm abgeschlossenen Vertrage der Träger der Verpflichtung auf der Jenseite ist, und dem Vertreter, der sich nicht als Vertreter zu erkennen giebt, das Recht zu entziehen, sich auf seinen

innerlich abweichenden Willen zu berufen. In den Fällen also, in denen der andere Kontrahent gar kein Interesse daran hat, zu wissen, mit wem er kontrahirt, ob er oder ein anderer von ihm erwirbt, ist die Bestimmung des § 164 Abs. 2 nicht anzuwenden. Mumm, R. **01** 137.

Wer mit einem Gewerbetreibenden kontrahiert, will mit demjenigen abschließen, welcher in Wirklichkeit der rechtliche Inhaber des Betriebes und demgemäß die eingegangenen Verbindlichkeiten zu erfüllen imstande ist, es ist ihm in der Regel gleichgültig, ob die Person, mit welcher er verhandelt, dieser Inhaber selbst oder nur zu seiner Vertretung ermächtigt ist. Hat daher der Vertreter den Willen, den Inhaber zu verpflichten, so ist trotz eines etwaigen Irrthums in der Person des Gegners der Vertrag mit dem Geschäftsinhaber zustande gekommen. OLG. **5** 48 (KG.), Seuff. A. 3. F. **2** 258 mit weiteren Citaten. — Vgl. über einen ähnlichen Fall für das Gebiet des Eigenthumserwerbes OLG. **5** 46 (Rostock). Brückmann, JW. **02** 117 nennt den Willen zu handeln für den, den es angeht, „Blankett-Willen".

6. Der Satz des Abs. 2 § 164: „Der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, kommt nicht in Betracht", gilt für beide Theile. In Folge dessen ist der Vertreter nicht nur von Anfang an dem Dritten verpflichtet, sondern ihm werden auch die Rechte gegen den Dritten erworben. Schloßmann, Stellvertr. II 342 ff. gegen Kipp in Windscheids Pandekten. Wie Schloßmann: Goldmann-Lilienthal 200 Anm. 5.

7. Gegen Eck, Vorträge 1902, 179, welcher den Abs. 2 einengend dahin auslegt, daß der Handelnde nur dem anderen Theile gegenüber sich auf den Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht berufen könne, Planck zu § 164 N. 2 und Leonhard, Allg. Oester. GerZtg. **97** 201.

Isay 324 ff. nimmt in der Streitfrage Eck-Planck für letzteren Partei, was den Grundsatz, theilweise für ersteren (aber aus anderen Gründen), was die Entscheidung angeht. Vgl. Neumann III, 3 zu § 164.

Nach Dernburg, BGB. I 490 hat die Bestimmung nicht nur die durch Eck beschränkte Tragweite, sondern auch der Vertretene seinerseits kann sich nicht gegenüber dem Dritten darauf berufen, daß der das Geschäft Abschließende den Willen hatte, für ihn zu handeln. Die Gegenansicht entspricht weder dem Wortlaut des § 164 Abs. 2, noch hat sie innere Gründe für sich.

Rümelin, A.civPr. **93** 201 ff. dagegen verwirft die Auffassung Plancks als mit den Anforderungen der Billigkeit und den Anschauungen des Verkehrs im krassesten Widerspruch stehend und gelangt, wenn auch auf anderem Wege, zu ähnlichen Resultaten wie Eck. Er hält Vertretungen noch unbestimmter Personen für möglich und erachtet Verträge für zulässig, in denen ausdrücklich unbestimmt gelassen wird, ob Gegenkontrahent der mit dem Gegner Verhandelnde oder ein von ihm Vertretener sein soll. Mithin kann ein Geschäftsmittler dem Gegner gegenüber handeln „für den, den es angeht". Derjenige, den es angeht, ist aber lediglich zu bestimmen auf Grund des wahren zwischen Vertreter und Vertretenem zu Grunde liegenden Verhältnisses. Die Interessenlage sowohl des Geschäftsgegners als des Geschäftsherrn ist maßgebend für die Frage, ob eine direkte Stellvertretung angenommen werden darf oder nicht. Zu berücksichtigen ist bei dieser Frage, welches Verhalten die Verkehrsauffassung erwartet, was die Auslegung nach Treu und Glauben ergiebt.

Gegen Planck führt Schloßmann, Stellvertr. II 344 aus: Durch Abs. 2 § 164 wird die Anwendbarkeit des § 119 nicht ausgeschlossen. Das Nichthervortreten des Willens, für einen Anderen zu kontrahiren, braucht nicht stets seinen Grund in dem Irrthum des Vertreters über den Inhalt seiner Erklärung zu haben, es kann z. B. der Vertreter eine Erklärung jenes Inhalts für überflüssig

halten, weil er irrthümlich meint, der Vertretene habe dem Dritten bereits angekündigt, daß er als sein Vertreter mit ihm verhandeln werde. Da also in derartigen Fällen ein von § 119 nicht berührtes Anwendungsgebiet für § 164 Abs. 2 besteht, kann ohne ausdrückliche Ausschließung der Anwendbarkeit des § 119 diesem die Anwendung auf den im § 164 Abs. 2 vorausgesetzten Thatbestand nicht versagt werden.

Rümelin, der Schloßmanns Gründe nicht für stichhaltig erklärt, folgert aus der Entstehungsgeschichte des § 164 Abs. 2, daß dieser nicht nur den Charakter einer Auslegungsregel habe, sondern daß hiermit jede Anfechtbarkeit der Erklärung auf Grund eines Erklärungsirrthums ausgeschlossen werden solle (201 ff. u. 308).

Brach, R. **01** 558 erblickt die Bedeutung des § 164 Abs. 2 nicht in der Ausschließnng des Anfechtungsrechts des Erklärenden, sondern in einer Erweiterung des Anfechtungsrechts des Erklärungsempfängers. Diesem stehe das Recht zu, das seinerseits dem Vertretenen gegenüber anfechtbare Geschäft zu bestätigen. Im Inanspruchnehmen des Vertretenen liege offenbar eine Bestätigung.

8. Cosack, Lehrb. 2. Aufl. 217 ff., lehrt: Das Gesetz stelle das Geschäft einem im eigenen Namen abgeschlossenen nicht positiv gleich. Die Behauptung, daß Jemand das Geschäft thatsächlich im Namen eines Anderen habe abschließen wollen und daß diese Absicht zwar nicht der Gegenpartei, aber doch dritten Personen, z. B. dem Vertretenen, erkennbar gewesen sei, sei erheblich. Das Geschäft sei in diesem Falle wirklich als ein im fremden Namen geschlossenes zu behandeln, und zwar nicht bloß im Verhältnisse zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter, sondern auch im Verhältnisse zwischen dem Vertretenen und der anderen Geschäftspartei, sonach gerathe letztere in konkurrirende Rechtsbeziehungen sowohl zum Vertreter als zum Vertretenen.

Einen ähnlichen Standpunkt vertritt David im R. **01** 507 ff., der den Abs. 2 dahin auslegt, daß bei einer in fremdem Namen, aber ohne Kundgebung des Vertretungswillens, abgegebenen Willenserklärung im Verhältnisse des Vertreters zur Gegenseite ersterer, obschon seinem Willen nach nicht Selbstkontrahent, doch so angesehen wird, als ob er die Willenserklärung in seinem eigenen Namen abgegeben hätte; daß indessen die Willenserklärung selbst doch eine in fremdem Namen abgegebene Willenserklärung bleibt und deshalb an sich die rechtlichen Wirkungen hat, welche aus dem vom Gesetz anerkannten Grundsatz der unmittelbaren Vertretung folgen.

§ 165. 1. Die Vorschrift bestimmt nur die Rechtswirksamkeit der vom geschäftsbeschränkten Vertreter abgegebenen Erklärung, regelt also nur das Verhältniß zwischen dem Vollmachtgeber und dem Dritten, aus ihr kann daher nichts gefolgert werden für die Frage, ob in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Geschäftsbeschränkte als Vertreter bestellt werden können. Diese Frage ist lediglich eine solche des Prozeßrechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit und zu verneinen, weil Geschäftsbeschränkte grundsätzlich selbst vertretungsbedürftig sind (vgl. zu § 1793), sie ohne Genehmigung ihres gesetzlichen Vertreters auch in fremden Angelegenheiten zur Angehung des Gerichts gar nicht befähigt sind (vgl. zu § 107), § 13 FrG. aber das Gericht nur ermächtigt, den Nachweis einer Vollmacht, nicht aber den Nachweis der Genehmigung des Vertreters zu fordern, also völlig geschäftsfähige Vertreter voraussetzt. Insbesondere haben also der Grundbuch- und der Nachlaßrichter die Verhandlung mit geschäftsbeschränkten Vertretern abzulehnen; die von letzteren demzuwider abgegebenen Erklärungen sind indeß nach § 165 rechtswirksam, also für den Vertretenen verbindlich. Josef, Komm. z. Reichs- u. Preuß. FrG. Zus. II zu § 13 und im CBlFrG. **1** 849—852.

Als Bevollmächtigter eines Betheiligten kann vor dem Vormundschafts-

gericht auch eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person auftreten, da eine von § 165 BGB. abweichende Vorschrift wie im § 79 CPO. nicht gegeben ist. Schultheis, Der Vormundschaftsrichter 9[5].

2. Obwohl § 165 in dem Zusammenhang, in dem er sich im BGB. findet, sich nur auf den Fall der Stellvertretung mit direkter Wirkung bezieht, ist nach Schloßmann, Stellv. II 403 ff. kein Grund einzusehen, warum ein Kontrahiren mit mittelbarer Wirkung, also ein Kontrahiren im eigenen Namen, dem beschränkt Geschäftsfähigen untersagt sein sollte. Vielmehr liegt bei mittelbarer Stellvertretung in gleicher Weise das Bedürfniß des Verkehrs vor, auch Minderjährige und aus anderem Grunde beschränkt Geschäftsfähige für Vertretungszwecke verwendbar zu machen. Auch hier steht der Grund ihrer Unfähigkeit, verpflichtende Geschäfte wirksam abzuschließen, welcher in der Absicht, sie selbst vor Nachtheil zu bewahren, zu suchen ist, der Begründung von Verpflichtungen für Andere, die sich ihrer als Vertreter bedienen wollen, nicht im Wege.

§ 166. 1. Der Wille des Vollmachtgebers ist soweit maßgebend, als der Bevollmächtigte lediglich in Ausführung dieses Willens, ohne einen eigenen anderen Willen zu haben, gehandelt hat. Ebbecke, Grundsätze 49.

Ein Wissen des Gerichtsvollziehers, der mit einer Pfändung beauftragt wird, ist als Wissen des Auftraggebers nicht anzusehen. Denn eine Stellvertretung des Gläubigers findet bei der von dem Gerichtsvollzieher im Auftrag des Gläubigers vorgenommenen Pfändung nicht statt, weil der Gerichtsvollzieher die Pfändung kraft seines Amtes vollzieht, diese Amtshandlung aber nicht auf den Gläubiger, wie wenn sie von dem letzteren selbst vorgenommen wäre, bezogen werden kann. **RG.** JW. **93** 21 N. 31; **RG.** DJZ. **00** 95 mit Citaten aus der früheren Rechtsprechung. Vgl. auch Petersen-Kleinfeller Anm. 10 zu § 30 KO., Sarwey-Bossert Anm. 4 zu § 30 KO. — A. A. Jaeger Anm. 20 zu § 30 KO., v. Wilmowski Anm. 12 zu § 30 KO.

Gemäß § 166 ist auch die Frage zu beantworten, nach wessen Person das Verschulden zu beurtheilen ist, wenn beim Grenzüberbau der bauende Grundeigenthümer einen Anderen zum Bauen bestellt hat. Wolff, Bau auf fremdem Boden 114 ff.

2. Ein Fall des Abs. 2 liegt schon bei einer dem Anwalt allgemein im Dienstvertrage oder im Laufe des Vertragsverhältnisses ertheilten Weisung vor, die Zwangsvollstreckung möglichst bald zu bewirken. OLG. Marienw., PosMschr. **02** 132. — Der Gläubiger, der einen anderen bevollmächtigt hat, bei seinem Schuldner Pfändung bewirken zu lassen, muß im Falle des § 30 Ziff. 2 der KO. die Vermuthung gegen sich gelten lassen, daß sein Bevollmächtigter zur Zeit der Vornahme der Zwangsvollstreckung Kenntniß von der Zahlungseinstellung des Schuldners gehabt habe. **RG.** SächsA. **12** 491 ff.

§§ 167—176. 1. Nach Dernburg, BGB. I 474 ff. ist die Vollmacht ein einseitiges Rechtsgeschäft, aber nicht ein einseitig empfangsbedürftiges, da bereits die Kundgebung nach außen hin in bestimmter Weise genügt. Nicht einmal die Kenntniß der Vollmacht durch den Bevollmächtigten ist für deren Wirkung erforderlich. Wenn zufälliger Weise — was natürlich nicht die Regel ist — der in der That Bevollmächtigte ohne Kenntniß seiner Bevollmächtigung im Namen eines Fremden gehandelt haben sollte, so ist er doch ohne Zweifel befugter Bevollmächtigter.

Auf anderem Standpunkt steht Romeick 121 ff. Er wendet sich besonders gegen die Ausführungen Lenels, Iherings J. **36** 16 ff., der die Vollmacht nothwendig für einen einseitigen Rechtsakt dem Dritten gegenüber erachtet, und meint, die Konsequenz der Ansicht Lenels wäre, daß eine Vollmacht existirte, auch wenn der Bevollmächtigte nichts davon weiß, und auch wenn der

dritte Vollmachtserklärungsempfänger die Vollmacht sofort zurückgewiesen hat: das wäre ein Körper ohne Kopf — ein objektiver Bestand ohne Subjekt. Im Gegentheil, die Vollmacht bedarf immer eines wissenden Machtträgers, sie wird ertheilt immer dem Vertreter selbst und nicht dem Dritten; die §§ 170/173 stellen nur einen gegliederten Apparat zum Schutz des gutgläubigen Dritten dar. Vgl. RG. v. 8. 3. 95 **35** 139: Wenn und soweit sich die Vollmachtsertheilung dem Dritten gegenüber objektivirt hat, tritt diese Objektivirung im Verhältnisse zwischen dem Vollmachtgeber und dem Dritten an die Stelle der wirklichen Rechtslage, ähnlich, wie Abtretung einer beurkundeten Schuld im Sinne des § 409 möglicher Weise eine noch gar nicht existirende Forderung zur Entstehung bringt; nur ist die Vollmacht nicht entstanden, sondern sie gilt als entstanden und als insoweit entstanden — ein Rechtsschutz, der natürlich nur dann praktische Bedeutung hat, wenn der bezeichnete Bevollmächtigte auch wirklich erscheint und mit dem Dritten im Namen des Vollmachtgebers handelt.

Hieraus wieder bestätigt sich die Wesensgleichheit der Fälle §§ 170, 171, 172, und hieraus lösen sich alle Detailfragen in befriedigender Weise.

Nach Manigk 308 f. ist die Ertheilung der Vollmacht die Willenserklärung, gemäß deren der Vollmachtgeber sich von vornherein als Geschäftspartei in dem vom Vertreter innerhalb seiner Befugniß abgeschlossenen Geschäfte bezeichnet. Die Vollmacht ist kein subjektives Recht (344), sondern die Befugniß zur Vertretung, d. h. zur Vornahme eines Geschäfts im Namen des Vertretenen.

2. Die Wirksamkeit der Vollmachtsertheilung ist grundsätzlich unabhängig von dem Rechtsbestande des Grundgeschäfts. Hupka 155 ff., insbes. 160 ff. gegen Planck, Komm. zu § 167 Nr. 3, und mit Enneccerus, Das bürgerliche Recht I § 94. Vgl. auch OLG. Marienw. Seuff. A. **57** 95.

Isay 223 ff. will hinsichtlich der Frage, ob die Vollmacht abstrakt oder kausal sei, zwischen der selbständigen und der unselbständigen Vollmacht unterscheiden (d. h. je nachdem diese in einem besonderen Rechtsakt ertheilt ist oder nicht). Im ersteren Falle sei sie vom Grundverhältniß unabhängig, im letzteren nicht; abstrakt müsse man sie aber in jedem Falle nennen, da die causa als solche nicht auf sie einwirke. Auch Leonhard, Allg. Oesterr. GerZtg. **97** 102 spricht sich gegen Planck für die abstrakte Natur der Vollmacht aus.

Die Vollmachtsertheilung ist sowohl im Falle der Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden (§ 167), wie auch in den drei Fällen der §§ 170, 171 und 172 stets — von besonderen abweichenden Parteivereinbarungen abgesehen — ein abstraktes Rechtsgeschäft. Nicht kann aus der Abhängigkeit des Erlöschens und der Widerruflichkeit von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse, die auf positiver Ausnahmevorschrift des Gesetzes beruht, auf eine dispositive oder gar zwingende Form der kausalen Verbindung dieses Rechtsverhältnisses mit der Vollmachtserklärung irgend geschlossen werden. Die Frage, ob und welche Vollmacht ertheilt ist, entscheidet sich vielmehr lediglich aus der Erklärung, mittelst deren die Vollmacht ertheilt wurde. Einwendungen sind nur insoweit zulässig, als sie die Gültigkeit dieser Erklärung betreffen oder sich aus dem Inhalte dieser Erklärung ergeben. Romeick 121 ff.

Hingegen Neumann zu § 168 BGB. Nr. 1: Die ihrem Zweck und Inhalt nach dispositive Vorschrift des Satz 1 des § 168 ergiebt die regelmäßige Abhängigkeit der Vollmacht von dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. Ein Zwang, daß die Vollmacht von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß abhängig sein, bzw. daß überhaupt ein Rechtsverhältniß der Erklärung zu Grunde liegen müsse, besteht nicht. Die Vollmacht kann vielmehr auch abstrakt ertheilt werden.

Ebenso Dernburg, BGB. I 476, die Vollmacht sei um deswillen nicht

schlechthin als ein abstraktes Geschäft zu behandeln, weil der Inhalt der Vollmacht, ihr Umfang in der Regel sich aus dem Anstellungsvertrag ergiebt, wie derselbe äußerlich erscheint; dies aber widerspreche der Vorstellung von der abstrakten Natur der Vollmacht durchaus.

§ 167. 1. Die Vollmachtserklärung bedarf zu ihrer Wirksamkeit nicht der Kenntnißnahme seitens des Vertreters. Hupka 89 ff. Ebensowenig der Kenntnißnahme seitens des Dritten. Ebenda 104 ff.

2. Die Ertheilung einer nicht auf einen bestimmten Dritten lautenden Vollmacht kann durch Erklärung an den Bevollmächtigten oder durch öffentliche Erklärung erfolgen. Hupka 108.

3. Ein Geschäft, welches die Veräußerung von Grundstücken bezweckt, kann der Formvorschrift des § 313 dadurch nicht entzogen werden, daß es in eine Vollmachtsertheilung eingekleidet wird. Die Formfreiheit der Vollmachtserklärung tritt dann nicht ein, wenn die Vollmacht als Theil eines einheitlichen Rechtsgeschäftes erscheint, welches der durch § 313 vorgeschriebenen Form bedarf. **RG.** v. 5. 2. 02 **50** 167 ff., JW. **02** Beil. 191 ff.

4. Wie sich aus § 168 ergiebt, setzt § 167 Abs. 2 eine Vollmacht voraus, welche frei, d. h. ohne Rechtsnachtheil für den Vollmachtgeber widerruflich ist. **RG.** (s. o. Ziff. 3) **50** 169, Beil. a. a. O.

§ 168. 1. Satz 1 ist nicht analog anzuwenden auf die Entstehung der Vollmacht. Hupka 161 f. gegen Planck, Komm. zu § 167 Nr. 3.

2. § 168 Satz 2 schließt eine selbständige — nicht aus dem Grundverhältnisse sich ergebende — Vereinbarung der Unwiderruflichkeit mit dem Bevollmächtigten oder dem Dritten nicht aus. Die aus dem Grundverhältniß oder einer besonderen Vereinbarung folgende Unwiderruflichkeit ist kein bloßes Nichtwiderrufendürfen, sondern ein Nichtwiderrufenkönnen. Hupka 411.

Im Gegensatz hierzu bestreitet Schloßmann, Stellvertr. II 598 ff., daß das BGB. im § 168 die Möglichkeit unwiderruflicher Vollmachten anerkannt habe. Ein bindender Verzicht auf den Widerruf der Vollmacht müsse aus verschiedenen Gründen rechtlich wirkungslos sein, vor Allem schon deshalb, weil die freie Widerruflichkeit der Vertretungsverhältnisse auf zwingenden Rechtssätzen beruhe; überdies komme ein ausdrücklicher Widerrufsverzicht nur in Büchern, im Leben wohl niemals vor. Er erklärt den Rechtssatz des BGB., die Vollmacht könne bei Fortbestehen des ihrer Ertheilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses widerrufen werden, für ein Erzeugniß weltentrückter Stubengelehrsamkeit. Dem wirklichen Leben entspreche dieser Satz nicht, der lediglich auf dem Boden des unhaltbaren Dogmas von der selbständigen abstrakten Vollmacht habe erwachsen können. Praktisch sei diese Bestimmung aber insofern unschädlich, als derjenige, der den fortgesetzten Abschluß von Geschäften für sich durch einen Dritten dulde, hiermit diesem stillschweigend Vollmacht ertheile, so daß sich an die beim Fortbestehen des Rechtsverhältnisses durch Widerruf erfolgte selbständige Aufhebung der Vollmacht unmittelbar die Ertheilung einer neuen Vollmacht anreihen würde. In Folge dessen werde eine Aenderung in dem bestehenden Vertretungsverhältnisse nicht hervorgebracht.

Gegen Lenel und Endemann wird von Isay 218 ff. die Ansicht vertreten, die Unwiderruflichkeit der Vollmacht wirke nicht bloß unter den Parteien, sondern dinglich.

Erscheint die Widerruflichkeit inhalts des entscheidenden Rechtsverhältnisses ausgeschlossen, so besteht trotz Widerrufs die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten fort; dieser wird alsdann die Rückgabe einer ihm ertheilten Vollmachtsurkunde verweigern (§ 175) und eine für den Fall der Entziehung der Vollmacht ausbedungene Vertragsstrafe (§ 339) einfordern dürfen (Strieth. Arch. **69** 46).

Nur die Prokura ist ohne Rücksicht auf das der Ertheilung zu Grunde liegende Rechtsverhältniß jederzeit widerruflich, unbeschadet des Anspruchs auf die etwaige vertragsmäßige Vergütung; ein vertragsmäßiger Verzicht auf den Widerruf würde hier unwirksam sein (ROHG. **23** 324, RG. **3** 186). Bendix, Privatr. 184.

Ueber Fälle aus der Praxis s. RG. JW. **02** 211 und 262. Letztgenanntes Urtheil (v. 28. 6. 02) betont, daß sich die Vollmachtsertheilung in dem Sinne, daß das Handeln als ein dem Bevollmächtigten willkürlich nicht entziehbares Recht erscheint, ausnahmsweise in den Fällen gestalten könne, wo sie dem Bevollmächtigten im eigenen oder im Interesse eines Dritten, nicht in dem des Machtgebers ertheilt wird, der Schuldner dem Gläubiger zu dessen Befriedigung Vollmacht zum Verkauf oder zur Einziehung von Forderungen, oder der Schenker dem Beschenkten zur Ausführung der Schenkung Vollmacht zur Einziehung von Forderungen giebt, oder der Schuldner auf Verlangen und im Interesse der Gläubiger einen Dritten als Treuhänder mit der Vollmacht zu gewissen Dispositionen bestellt.

3. Wirksamkeit der Vollmacht zur Auflassung über den Tod des Vollmachtgebers hinaus.

a) Es liegt ein schriftlicher Veräußerungsvertrag vor.

α) Regelmäßig liegt in der Bevollmächtigung auch der Auftrag. Ob der Auftrag vom Beauftragten angenommen ist, unterliegt nicht der Nachprüfung des Grundbuchrichters. Zur Legitimation des Bevollmächtigten ist eine dem § 29 GBO. entsprechende Vollmacht erforderlich und ausreichend. Der Wille des Vollmachtgebers ist gemäß § 672 BGB. regelmäßig dahin auszulegen, daß die Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus wirken soll, insbesondere dann, wenn eine solche Bestimmung in der Vollmacht ausdrücklich vorgesehen ist. Ablehnungsgründe unterliegen der Beurtheilung nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB.

β) Eine abstrakte Vollmacht erlischt mit dem Tode des Vollmachtgebers. § 168 Satz 2 BGB.

b) Liegt ein Veräußerungsvertrag nicht vor, so erlischt die Vollmacht gleichfalls mit dem Tode des Vollmachtgebers.

4. Konkurs des Vollmachtgebers. Handelt der Bevollmächtigte in der Zeit, in welcher nach § 168 BGB. mit § 23 KO. die Vollmacht trotz des Konkurses des Vollmachtgebers fortdauert, so wirken diese Handlungen zwar für und gegen den Gemeinschuldner persönlich, nicht aber auch — vom Falle der Genehmigung durch den Konkursverwalter abgesehen — der Konkursmasse gegenüber. Jaeger, KO. § 23 Anm. 10 gegen Begründung der Konkursnovelle 32.

5. Hat der Inhaber der elterlichen Gewalt Vollmacht ertheilt, so besteht diese auch dann fort, wenn durch Erlangung der Großjährigkeit die Vertretungsbefugniß des elterlichen Gewalthabers erlischt, und zwar solange, bis das Kind die Vollmacht widerruft. § 168 BGB. ist auf Fälle der gesetzlichen Vertretung nicht anwendbar. LG. Brieg, Bresl. Anwaltsztg. **02** 13.

§§ 171 und **172.** Die Vorschriften im Abs. 1 beider Paragraphen beziehen sich auch auf den Umfang der Vollmacht, d. h. eine in der Kundgebung oder in der Vollmachtsurkunde nicht zum Ausdrucke gebrachte Vollmachtsbeschränkung ist dem Dritten gegenüber unwirksam (vgl. aber unten bei § 173). Hupka 224 f.

§ 171. 1. Nach Isay 231 ff. sind hier, wie im § 172, nur einzelne Erscheinungsformen des Falles geregelt, in dem der Gestor auf Grund eines objektiven Moments, nicht auf Grund einer Willenserklärung des Geschäftsherrn, Vertretungsmacht hat. Aus §§ 171, 172, sowie § 370 BGB., § 755 CPO., Art. 29 WO., §§ 527, 56, 85 HGB. ergebe sich der Grundsatz, daß, wenn dem Dritten

objektive Momente, welche durch den Geschäftsherrn selbst geschaffen sind oder, als für den jeweiligen Fall der Geschäftsführung typisch, normaler Weise in ihrem Bestand auf dem Willen des Geschäftsherrn beruhen, entgegengetreten, dem gutgläubigen Dritten gegenüber auf Grund des typischen objektiven Moments (des objektivirten Gestionsverhältnisses) Vertretungsmacht ex lege entsteht.

2. Eine „besondere Mittheilung" ist eine ausdrückliche, zu Gunsten einer bestimmten Person für empfangsbedürftig bezeichnete Erklärung. Monich, Willenserklärung 8. Romeick 121 ff.

3. Abs. 1 findet auch Anwendung auf die Registrirung und Veröffentlichung der Prokura. Hupka 165 f.

Die Eintragung der Betheiligung eines Kommanditisten ins Handelsregister gilt wie andere Register-Eintragungen als eine öffentlich im Rechtsverkehr abgegebene verantwortliche Erklärung, der Dritten gegenüber eine selbständige Bedeutung zukommt. Die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft kann daher, wenn die Eintragung mit dem Willen des Kommanditisten erfolgt ist, nicht durch Berufung auf die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages beseitigt werden. **RG.** v. 12. 2. 02, R. **02** 179 Ziff. 825.

4. Der nach § 171 Kundgebende darf nicht einwenden, daß er in Wirklichkeit den Anderen nicht bevollmächtigt habe, und daß der Dritte das wüßte oder wissen müßte. Dieses Wissen oder Wissenmüssen ist vielmehr für die Vollmachtsertheilung unerheblich. Romeick 121 ff.

Ebenso Biermann 110, da auch, wenn in Wirklichkeit eine Vollmacht nicht ertheilt ist, eine Vertretungsmacht kraft Gesetzes besteht, indem die Kundgebung keine Willenserklärung, überhaupt kein Rechtsgeschäft ist. Die Kundgebung begründet selbständig die Vertretungsmacht. Anfechtung der Kundgebung deshalb, weil der Vertretene irrthümlich das Bestehen einer Vollmacht angenommen hat, ist ausgeschlossen. Beruht die Kundgebung für sich auf Irrthum, so wird man auf Grund der Analogie die Anfechtung gemäß der §§ 119 ff. BGB. zulassen müssen, obwohl die Kundgebung keine Willenserklärung ist.

§ 172. 1. Der Bevollmächtigte kann sich nur durch die Urschrift der Vollmacht, im Falle gerichtlicher oder notarieller Errichtung nur durch die Ausfertigung, nicht aber durch eine beglaubigte Abschrift legitimiren. Eine beglaubigte Abschrift kann allenfalls nur beweisen, daß der Bevollmächtigte zu einer gewissen Zeit im Besitze der Vollmachtsurkunde (Urschrift, Ausfertigung) war. Jastrow I 90 Anm. 3, II 49 Anm. 11.

2. Abs. 1 ist einschränkend dahin auszulegen, daß nur die gegenwärtige Vorlegung der Vollmachtsurkunde Vertretungsmacht erzeugt. Hupka 171 ff.

3. Die dem Vertreter ausgehändigte und von diesem dem Dritten vorgelegte Vollmachtsurkunde gilt, — entsprechend der nach § 409 angezeigten Abtretung, — auch wenn die beurkundete Vollmacht in Wirklichkeit nicht oder nicht wirksam ertheilt ist, und auch wenn der Dritte dies weiß oder wissen muß. Romeick 121 ff.

Der Vorlegung einer schriftlichen Vollmachtsurkunde steht es mit Rücksicht auf § 714 BGB. gleich, wenn dem Dritten der schriftliche Gesellschaftsvertrag vorgelegt wird und danach der handelnde Gesellschafter Befugniß zur Geschäftsführung hat. Knoke, Gesellschaft 74.

§ 173. 1. Die Vorschrift ist analog anzuwenden auf die Entstehung und den Umfang der Vollmacht. Hupka 225 ff.

2. Dem Dritten muß seine Kenntniß oder fahrlässige Unkenntniß des Erlöschens der Vertretungsmacht nachgewiesen werden; ebenso auch im BGB. §§ 674, 729, 1424 Abs. 1 Satz 1, 1682 Abs. 1 Satz 1, 1893, 2140. Vgl. Rosenberg, Beweislast 125.

§ 174. 1. Die Bestimmung bezieht sich nur auf gewillkürte Vertreter, ist aber auf die gesetzlichen Vertreter insoweit anzuwenden, als es sich um solche handelt, welche durch obrigkeitliche Anordnung bestellt worden sind, ohne daß die Bestellung öffentlich bekannt gemacht wurde oder dem Schuldner sonstwie bekannt geworden war. Hellwig, Anspruch 360.

§ 174 ist an sich auch auf den Prokuristen anwendbar, in Folge des § 15 Abs. 2 HGB. wird der Prokurist jedoch regelmäßig der Vorlegung enthoben, sobald die Prokura eingetragen und bekannt gemacht ist. Habicht a. a. O.

2. Nach § 174 genügt es nicht, wenn im Falle der Nichtvorlegung der Urkunde der Andere die Kündigung des Bevollmächtigten zurückweist; vielmehr muß die zurückweisende Erklärung erkennen lassen, daß die Zurückweisung wegen Nichtvorlegung der Urkunde erfolge. LG. Ostrowo, DJZ. **01** 216.

Die Vorlegung braucht nicht gleichzeitig mit der Vornahme des Rechtsgeschäfts zu geschehen, sie kann für gewöhnlich auch stattfinden, ehe das einseitige Rechtsgeschäft vorgenommen wird, muß aber spätestens bei seiner Vornahme geschehen.

Die Vorlegung hat da zu erfolgen, wo sich der Andere befindet, demgegenüber das einseitige Rechtsgeschäft vorgenommen wird, nicht braucht es die Wohnung oder das Geschäftslokal des Anderen zu sein, vielmehr kann sie überall geschehen, wo der Andere angetroffen wird, sobald es ein opportunus locus ist. § 811 ist für diese Frage hier nicht anwendbar, weil dort das Schuldverhältniß geregelt wird, das auf Vorlegung einer Urkunde geht, im Falle des § 174 aber hat der Andere vor der Vornahme des Rechtsgeschäfts keinen Anspruch auf die Vorlegung der Legitimationsurkunden des Gegners. Habicht a. a. O. 275 ff.

Legt ein Bieter im Zwangsvollstreckungsverfahren nach Ges. v. 24. 3. 97 nicht sofort die Vollmacht dessen vor, für den er das Gebot abgegeben hat, so ist das Gebot zurückzuweisen. Nachträglich kann die Vollmacht nicht beigebracht werden. OLG. Braunschweig, CBlFrG. **3** 45.

3. § 174 findet auf den Konkursverwalter, da er ein gesetzlicher Vertreter ist, unmittelbar keine Anwendung. Tritt er aber eine zur Masse gehörige Briefhypothek ab, so muß, um die zusammenhängende Reihe der Abtretungserklärungen herzustellen, auch der urkundliche Nachweis seiner Bestallung in beglaubigter Abschrift beigefügt werden. Habicht, JW. **01** 773.

§ 175. Die Verpflichtung des Bevollmächtigten zur Rückgabe der Vollmachtsurkunde ist mit dem Erlöschen der Vollmacht unbedingt gegeben. Ohne Einfluß auf diese Rückgabepflicht ist, daß die Urkunde neben der Vollmacht das unterliegende Rechtsverhältniß oder andere derartige Erklärungen enthält **RG.** v. 28. 2. 02, JW. **02** Beil. 211; Vgl. **RG.** v. 21. 1. 81 **3** 188.

§ 176. 1. Die Kraftloserklärung einer Vollmachtsurkunde ist zur Erzielung der Wirkungen des § 176 auch dann erforderlich, wenn der Bevollmächtigte von mehreren ihm übergebenen Exemplaren (Urschriften, Ausfertigungen) auch nur eines nicht zurückgeliefert hat. Jastrow Th. II 50.

Die Kraftloserklärung ist auch für solche Vollmachtsurkunden zulässig, welche vor dem 1. Januar 1900 ertheilt sind. Daselbst 54 Anm. 3.

2. Der Grundbuchrichter ist bei der Entscheidung über eine beantragte Eintragung nicht verpflichtet, die erfolgte Kraftloserklärung einer Vollmachtsurkunde zu kennen, welche ihm zur Legitimation eines Vertreters des Antragstellers oder eines Vertreters des die Eintragung Bewilligenden vorgelegt ist. Auch wenn ihm die Kraftloserklärung bekannt ist, darf er aus diesem Grunde den Eintragungsantrag nicht zurückweisen, ohne den Antragsteller darüber gehört zu haben. Eccius, Gruchots Beitr. **45** 498 gegen Kujawa daselbst 495 ff., der verlangt, daß der Grundbuchrichter sich durch Vorlegen der Urkunde jedesmal von Neuem

Gewißheit verschaffe, ob die Urkunde nicht zurückgegeben ist, und ebenso auch die Frage der Kraftloserklärung prüfe. Es sei deshalb für den Grundbuchrichter angezeigt, unbedingt den Nachweis des Fortbestehens der Vollmacht zu verlangen, und zwar am besten durch eine öffentlich beglaubigte Erklärung des Machtgebers.

§§ 177—180. Für die Fälle einer Vertretung ohne Vertretungsmacht gebraucht Dernburg, BGB. I 471, 493 ff. als kürzer und ungezwungener den Ausdruck: „unberufene Vertretung".

§ 177. 1. Die für einen Anderen ohne Vertretungsmacht vorgenommene Wechselzeichnung wird durch nachträgliche Genehmigung des Anderen, welche außerhalb des Wechsels erklärt werden kann, rechtswirksam. **RG.** JW. **01** 518.

Derjenige, für welchen ein anderer ohne Vollmacht eine verpflichtende Erklärung abgegeben hat, ist, wenn er sie nicht genehmigen will, verpflichtet, diese Erklärung unverzüglich, nachdem er von derselben Kenntniß erhalten hat, zu widerrufen, widrigenfalls anzunehmen ist, daß er die Erklärung genehmigt. OLG. Hambg. Hanseat. Gerichtsztg. **01** 193.

Gesellschafter einer G. m. b. H. können vor Eintragung der Gesellschaft als Vertreter ohne Vertretungsmacht im Namen der künftigen Gesellschaft mit Dritten einen Vertrag zwecks Uebernahme eines Gegenstandes schließen. Die Genehmigung eines solchen Vertrages ist bereits darin zu erblicken, daß die später eingetragene Gesellschaft eine hierauf bezügliche Bestimmung in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen hat. BayrObLG. SeuffA. **56** 98.

2. Isay 241 weist darauf hin, daß sich § 177 Abs. 2 auf die Genehmigung nicht als nachträgliche Ertheilung der Geschäftsführungsbefugniß, sondern als nachträgliche Ertheilung der Vertretungsmacht bezieht.

§ 179. 1. Hellmann, Kr. Vjschr. **41** 244 nimmt gegen Planck an, daß hier kein alternatives Schuldverhältniß im Sinne von §§ 262 ff. vorliege.

2. Isay 258 ff. macht darauf aufmerksam, daß § 179 eine Ergänzung durch § 89 CPO. für den Fall finde, daß der Prozeßvertreter keine schriftliche Vollmacht hat.

3. Rechtsgeschäfte eines Bevollmächtigten gelten nach erfolgter Anfechtung der Vollmacht als ohne Vertretungsvollmacht vorgenommen. Für diese Rechtslage ist die Analogie verweigerter Genehmigung aus § 179 heranzuziehen. Dagegen müssen bei angefochtener Einwilligung oder Genehmigung, §§ 183 f., die Vorschriften über unbeauftragte Geschäftsführung mangels Spezialvorschrift angewendet werden. Bruck, Bedeut. d. Anfechtbarkeit 61 ff.

4. Die Klage gegen den ohne Vertretungsmacht aufgetretenen Vertreter auf Erfüllung oder Schadensersatz kann am Erfüllungsort des von ihm abgeschlossenen Geschäfts (§ 29 CPO.) erhoben werden. OLG. Dresden v. 29. 10. 98 u. 14. 7. 97. DJZ. **98** 496 N. 11.

5. Der Kläger aus § 179 Abs. 1 hat das Nichtvorhandensein der Vertretungsmacht in seinem Klagevortrage zu behaupten. Zu beweisen hat er aber nur, daß der Beklagte als Vertreter beim Geschäftsschlusse handelte. Sache des Beklagten ist es, seine Vertretungsmacht darzuthun. Dernburg, BGB. I 494 Anm. 5.

Die Ansprüche des Dritten gegen denjenigen, der seine Vollmacht überschritten hat oder eine solche nicht nachweisen kann oder will, sind in den §§ 179, 178 erschöpfend geregelt. Ein selbständiger Anspruch gegen den Bevollmächtigten auf Nachweisung der Vertretungsmacht steht ihm nicht zu. OLG. **5** 52 (KG.).

Auch Schloßmann, Stellv. II 396/397 ist im Widerspruch zu Planck, Anm. 3 zu § 179, der Ansicht, dem Vertreter liege der Beweis ob, daß der Vertretene das Geschäft genehmigt habe, da es der Billigkeit entspreche, den Beweis eines die Verpflichtung des Vertretenen begründenden Verhältnisses dem Vertreter aufzuerlegen und da aus der Fassung des § 179 allein (der Vertreter

ist verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrags verweigert), das Gegentheil nicht gefolgert werden könne.

6. Im Fall des Abs. 2 muß ausnahmsweise der Vertreter seine Unkenntniß beweisen; Rosenberg, Beweislast 120.

7. Ueber den Begriff des „Vertrauensinteresses" — s. auch o. zu § 122 — vgl. Wilutzky, R. **01** 189 ff.: Positiver Schaden und entgangener Gewinn können dazu gehören; dagegen muß der Gewinn, den man aus der Erfüllung des Geschäfts hätte ziehen können, ausscheiden; doch sind die Grenzen schwankend. — Zu dem positiven Schaden gehört alles, was der Gegenkontrahent im Hinblick auf das scheinbar gültig abgeschlossene Geschäft bereits aufgewendet hat (insbesondere infolge des Vertragsabschlusses entstandene Kosten; Gebühren des Notars u. s. w.; bereits bewirkte Gegenleistung; zur Ausführung des Vertrags bereits aufgewendete Kosten; Kosten für den Prozeß, durch welchen die Gültigkeit der Erklärung durchgefochten werden sollte; eventuelle Eviktionskosten; Schaden, der dadurch erlitten ist, daß es im Vertrauen auf die Gültigkeit unterlassen wurde, den Bedarf anderweit zu decken; schließlich Schaden, der infolge des Geschäfts an den eigenen Sachen des betroffenen Theiles angerichtet worden ist). Zu dem entgangenen Gewinn ist zu rechnen: Gewinn, der durch Abschluß eines günstigeren Geschäfts hätte erzielt werden können, das aber wegen der vermeintlichen Gebundenheit von der Hand gewiesen werden mußte; Gewinn, der in der Zwischenzeit an der hingegebenen Gegenleistung gezogen worden wäre und dementsprechend auch Gewinn, der dadurch entgeht, daß man Zeit und Arbeitskraft anders hätte nützen können. — Begrifflich im Gegensatz hierzu steht das (positive) Erfüllungs-Interesse. Praktisch erheblich allein ist aber nur der „Ueberschuß des Werths der Sache über den Kaufpreis", d. h. der Ueberschuß des Werths der erwarteten, aber nicht erfolgten Gegenleistung über die eigene Leistung.

§ 180. 1. Der Satz 1 des § 180 gilt auch für den, der im Namen eines Anderen ohne Vertretungsmacht baut. Wolff, Bau auf fremdem Boden 76 ff.

Götte, A.bürgR. **17** 164 ff. führt gegen Planck und Förtsch aus § 770 Abs. 2, daß der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten die Klageabweisung durch einredeweise Geltendmachung eines dem Beklagten zustehenden Aufrechnungsrechts auch dann herbeiführen könne, wenn weder er zur Abgabe, noch der Prozeßbevollmächtigte des Klägers zur Empfangnahme der Aufrechnungserklärung Vollmacht habe; das Vorbringen des Vertreters des Beklagten bewirke hier zwar nicht die Aufrechnung, aber es sei eine wirksame, der des Bürgen im Falle des § 770 Abs. 2 analoge, exceptio doli.

Der Gerichtsvollzieher kann einseitige Erklärungen von Vertretern nach § 132 Abs. 1 nur zustellen, wenn sie ihm gegenüber sich über ihre Vertretungsmacht ausweisen. Voß, Zschr. f. Gerichtsvollz. **99** 20.

2. Die Kündigung einer Nachlaßhypothek hat zwar von allen Erben auszugehen. Wenn aber der Schuldner die Kündigung die Kündigungsfrist hindurch nicht beanstandet hat, so verliert er das Rügerecht, sofern die übrigen Erben nachträglich ihre Genehmigung zu der Kündigung geben. Diese Genehmigung kann in der Klageerhebung aller Erben liegen. OLG. **4** 118 (Breslau).

3. Isay, 248 ff., 257 ff., legt dar, daß sich Satz 3 auch auf den Fall bezieht, daß der Dritte das Rechtsgeschäft vornahm, ohne die angebliche Vertretungsmacht zu beanstanden.

§ 181. 1. Die Bestimmung ist eine Dispositivvorschrift über den Umfang der Vertretungsmacht, daher ein gegen diese Vorschrift verstoßendes Rechtsgeschäft der Genehmigung fähig. Hupka 341 ff. gegen Planck, Nr. 2 zu § 181. Ebenso Dernburg, BGB. I 497.

Wirkliches Kontrahiren mit sich selbst ist thatsächlich unmöglich, denn jedes Kontrahiren setzt das gleichzeitige Nebeneinanderbestehen zweier natürlicher Willen voraus. Der scheinbare Rechtserfolg des Kontrahirens mit sich selbst ist in Wahrheit der Rechtserfolg eines Rechtsfaktors, der bisher rechtliche Ausbildung und Anerkennung nicht gefunden hat: der einseitigen Verfügung eines Rechtssubjekts über die Rechtssphäre eines anderen Rechtssubjekts durch Uebertragung von Vermögenswerthen aus einer der beiden Rechtssphären in die andere (vgl. das Hingeben einer Sache in das peculium des Haussohns von Seiten des Vaters). Von diesem Rechtsfaktor aus müssen daher die Vorschriften des BGB. über das Kontrahiren mit sich selbst ausgelegt werden. Diese Auslegung führt zur rechtlichen Ausschließung einiger nach der Konstruktion des BGB. rechtlich möglicher, thatsächlich aber absurder Fälle [z. B. Abschließen eines erst später zu erfüllenden gegenseitigen Verpflichtungsvertrags (nach drei Monaten beiderseits zu erfüllender Kauf eines Pferdes) mit sich selbst]. du Chesne, SächsA. **12** 65 ff.

2. Die Realschenkung ist ein ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehendes Rechtsgeschäft. Denn die Realschenkung ist ein obligatorisches Rechtsgeschäft und setzt als solches eine begrifflich jeder Obligation zu Grunde liegende Verbindlichkeit voraus; da ihr Wesen nun darin besteht, daß sie ohne Weiteres durch die Vollziehung sich verwirklicht, so erschöpft sich mit und in der Erfüllung ihr Inhalt; sie besteht sonach ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit, die eben in der Erfüllung selbst enthalten ist. Deshalb kann der Gewalthaber gültig (eventl. auch durch constitutum possessorium) die Schenkung an den seiner Gewalt Unterworfenen durch Kontrahiren mit sich selbst bewirken. Wunderlich, JW. **02** 284.

Die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit sich selbst braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden. Els. Lothr. J. Z. **27** 515 (LG. Straßburg).

3. Einzelne Fälle:

a) In der Ertheilung der Substitutionsbefugniß ist im Allgemeinen nicht die Erlaubniß zum Geschäftsabschluß mit sich selbst zu finden. Kontrahirt der Bevollmächtigte mit dem von ihm bestellten Substituten, so verstößt das gegen § 181. OLG. Kolmar, Puchelts Z. **33** 150. A. M. Neumann II 1 zu § 181, der den Substituten als unmittelbaren Bevollmächtigten des Vollmachtgebers ansieht.

b) Unter das Verbot des § 181 fallen zweiseitige Geschäfte und einseitige Erklärungen, letztere jedoch nur, wenn sie empfangsbedürftig sind. Der Antrag auf Eintragung einer Hypothek fällt als nicht empfangsbedürftige Erklärung nicht unter § 181, so daß der nämliche Vertreter, der für den Grundstückseigenthümer in der Schuldurkunde die Eintragung einer Hypothek bewilligt hat, auch für den Gläubiger die Eintragung beantragen kann. Unzulässig aber ist es, wenn der Vertreter für den Gläubiger die Aushändigung des Hypothekenbriefs beansprucht. Seuff. A. **56** 79 (KG.).

Dagegen hat das KG., J. **23** A 248 angenommen, daß ein Testamentsvollstrecker, der als solcher die Löschung einer zum Nachlasse des Erblassers gehörigen, auf seinem Grundstücke ruhenden Hypothek bewilligt, nicht zugleich auch als Eigenthümer die Löschung beantragen kann. Bewilligung des Gläubigers und Zustimmung des Eigenthümers, die beiden auf Aufhebung der Hypothek gerichteten rechtsgeschäftlichen Erklärungen, charakterisiren sich als ein Rechtsgeschäft, welches der Vertreter des Gläubigers in dessen Namen mit sich im eigenen Namen vornimmt und welches nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Für die Anwendung des § 181 aber ist der Testamentsvollstrecker einem Vertreter der Erben gleichzustellen.

c) § 181 ergiebt, daß Niemand am eigenen Grundstück für ein anderes ihm gehöriges Grundstück eine Grunddienstbarkeit bestellen kann (§ 873) — Ausnahme im Sinn des § 181 vielleicht im § 1009 Abs. 2. RG. v. 26. 1. 01 **47** 202 ff. insbes. 208 ff., JW. **01** 101 ff., Beil. 70 ff. Dagegen Neumann zu § 889.

Gegen RG. auch Friedrichs, R. **5** 512, da es an sich nicht unzulässig sei, eine dingliche Belastung eines Grundstücks in Erwartung der späteren Einigung vorläufig eintragen zu lassen. Das Gericht habe nicht zu prüfen, ob die Einigung schon erfolgt ist, noch ob sie in absehbarer Zeit erfolgen kann. Es sei deshalb eine Eintragung nach § 19 GBO. zulässig. S. ferner auch Cohen DJZ. **01** 23.

d) Da eine Doppelvertretung von den Machtgebern dem Vertreter ausdrücklich eingeräumt werden kann, so ist es auch zulässig, daß er bei der Erbtheilung als Vertreter des einen Erben dem von ihm gleichfalls vertretenen anderen Erben den Nachlaß übereignet, oder daß ein Erbe zugleich als Vertreter der Miterben die Auseinandersetzung erklärt, durch die den Erben gegenseitig der Nachlaß nach Verhältniß ihrer Erbtheile übereignet wird. Josef, Komm. z. Reichs- u. Preuß. F.G.G. Anm. 5b zu § 13.

Ist der Testamentsvollstrecker gleichzeitig Miterbe, so kann er die Testamentsvollstreckung in Ermangelung besonderer letztwilliger Bestimmungen insoweit nicht ausüben, als er zu seinen eigenen Gunsten thätig sein würde. Zwar ist der Testamentsvollstrecker nicht Vertreter der Erben, sondern bekleidet ein Amt; aber insoweit ist er gleich einem Richter oder einem Notar u. s. w. zur Ausübung seines Amts unfähig, als er in seiner eigenen Sache handeln und entscheiden müßte. Deshalb ist der Testamentsvollstrecker, der Miterbe ist, von der Vornahme der Erbtheilung mit Wirkung für und gegen die Erben ausgeschlossen. Er kann insbesondere Theile der Nachlaßgrundstücke nicht an sich selbst auflassen. KG. v. 10. 3. 02 KGBl. **02** 63, OLG. **4** 435, KG.J. **24** A 106. S. auch KG. J. **23** A 247.

Dagegen OLG. **4** 437 (Kolmar): § 181 findet auf den Testamentsvollstrecker, der nicht Vertreter der Erben ist, sondern ein Amt ausübt, keine Anwendung. Der Testamentsvollstrecker, der das Nachlaßgrundstück zur Versteigerung (nicht Zwangsversteigerung) bringt, kann es sich selbst zuschlagen lassen und die Auflassungserklärungen abgeben.

e) Die Vertretungsmacht des Gewalthabers, Vormundes und Pflegers unterliegt ebenfalls der Einschränkung des § 181. Zu einer Ausdehnung der Vertretungsbefugniß hierüber hinaus ist das Vormundschaftsgericht nicht befugt. Die §§ 1825, 1643 Abs. 2, 1846, 1665 sprechen nicht für solche Befugniß, der § 1909 Abs. 1 S. 1 ausdrücklich dagegen. Siebdrat, CBlFrG. **2** 507 ff. S. auch OLG. **3** 408 (KG.) und KGJ. **23** A 89.

Sollen minderjährige Geschwister einen Erbauseinandersetzungsvertrag mit einander abschließen, so ist in Wahrung des § 181 für jeden von ihnen ein besonderer Pfleger zu bestellen. KG. v. 22. 4. 01, KG. J. **22** A 34, OLG. **3** 106; vgl. auch KG. J. **22** A 101, OLG. **3** 20, DJZ. **02** 274 (KG.).

Dagegen Hangen, DJZ. **02** 267, der die Ansicht des KG, daß die Theilung und Auseinandersetzung nicht die Erfüllung einer Verbindlichkeit bilde, als unzutreffend bekämpft. Der Anspruch auf Auseinandersetzung wie derjenige auf Aufhebung der Gemeinschaft entspringe aus dem Antheilsrecht, sei absoluter Natur und gegen jedermann wirksam. Der aus dem Antheilsrecht entspringende Anspruch schließe das Recht in sich, von den Theilhabern der Gemeinschaft ein Thun oder ein Unterlassen zu fordern (§ 194). Die Verbindlichkeit — bestehend in der Verpflichtung der Theilhaber bei den gemäß §§ 731—735, 752—754,

1471—1477, 1546, 1559, 2042, 2046, 2047 erforderlichen Auseinandersetzungsmaßregeln mitzuwirken, — werde durch die Vornahme der Theilung erfüllt. Die Theilung bestehe aber auch ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit, wenn sie genau nach den gesetzlichen Vorschriften vorgenommen werde. Unter den in § 181 gemeinten Verbindlichkeiten sei zweifellos jede Art von Verbindlichkeit zu verstehen, auch dingliche, familien- und erbrechtliche. Der Standpunkt des Kammergerichts führe zu den größten praktischen Schwierigkeiten.

f) Ein und dieselbe Person kann zugleich als Vertreter des Veräußerers und des Erwerbers zum Abschluß und Durchführung eines Kaufgeschäfts ermächtigt sein, so daß sie den Eigenthumsübergang herbeiführen kann. OLG. 5 46 (Kiel).

Ein Bankier, der mit einem Kunden derartig in Geschäftsverbindung steht, daß er für diesen gekaufte Werthpapiere in einer individualisirten Mappe oder Schleife verwahrt, kann gültig für ihn eine neue Aktie zum Ersatz einer abhanden gekommenen anschaffen und ihm das Eigenthum erwerben. Das ist lediglich eine theilweise Ausführung des ursprünglichen Auftrags. Auch liegt das constitutum possessorium des § 930 vor. **RG.** JW. **02** Beil. 251.

Dieselbe Person kann bei der Auflassung zugleich im Namen des Erwerbers und Veräußerers oder zugleich im Namen eines von beiden und im eigenen Namen Erklärungen abgeben; es muß ihr die Befugniß dazu aber in der Vollmacht ausdrücklich beigelegt sein; denn ob bei der Auflassung die von den Betheiligten abzugebenden Erklärungen ausschließlich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit abgegeben werden, braucht der Grundbuchrichter näher nicht zu prüfen, wird sich auch in der Regel seiner Kenntniß entziehen. Förster, Handb. d. form. Grundbuchr. 136. Vgl. auch KG. v. 4. 3. 01 KG. J. **21** A 292, OLG. **2** 493, Seuff. A. **56** 448.

g) Die von dem Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit seinem Gläubiger getroffene Vereinbarung, daß dieser die Gesellschaft statt seiner als Schuldner annehme, ist nichtig, wenn damit gleichzeitig die Vereinbarung des Geschäftsführers mit der von ihm vertretenen Gesellschaft über deren Schuldübernahme und seine eigene Befreiung verbunden ist. Unerheblich ist dabei, ob der Gläubiger von dieser Vereinbarung Kenntniß gehabt hat oder nicht. **RG.** v. 7. 6. 02 **51** 423 ff., JW. **02** Beil. 245.

Ein von einer und derselben Person in ihrer Eigenschaft als Inhaber eines Geschäfts ausgestellter Wechsel kann von ihr in ihrer Eigenschaft als Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft nicht gültig angenommen werden; die Gesetze (HGB., BGB.) legen einem vertretungsberechtigten Theilhaber nicht die Befugniß bei, Namens der Gesellschaft auch mit sich selbst Rechtsgeschäfte abzuschließen. Außerdem besteht hier nicht das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit. Denn die Annahme eines zur Hingabe an Zahlungsstatt bestimmten Wechsels enthält noch nicht die beabsichtigte Erfüllung; diese wird erst durch die Hingabe des akzeptirten Wechsels bewirkt. Jedenfalls aber liegt kein reines „Erfüllungsgeschäft“ vor, weil durch die Annahme gleichzeitig die mit dem Akzept gesetzlich verbundenen Verpflichtungen begründet werden. OLG. 5 50 (Cöln).

Zwei vertretungsberechtigte Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft können ohne Hinzuziehung des vorhandenen dritten gleichberechtigten Vorstandsmitgliedes oder eines der mehreren noch vorhandenen gleichberechtigten Vorstandsmitglieder nicht einem von ihnen die alleinige Vertretungsbefugniß im Wege der Vollmachtsertheilung übertragen. OLG. 2 338 (KG.) mit weiteren Nachweisen. Vgl. auch noch Hess. Rechtspr. **02** 131 (LG. Mainz).

Sechster Titel.

Einwilligung. Genehmigung.

§ 182. 1. Der Begriff der Genehmigung ist zwar identisch mit der „nachträglichen Zustimmung" (§ 184); aber in denjenigen Fällen, in welchen es sich nicht um Zustimmung dritter Personen (§ 182), sondern vielmehr um die Zustimmung der für das betreffende Rechtsgeschäft selbst wirksamen Organe handelt, also in Fällen der Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts, des Gegenvormundes und Beistandes, spricht das Gesetz von der „Genehmigung" im Sinne der Zustimmung, gleichviel ob dieselbe als vorherige Zustimmung, also als Einwilligung (§ 183), oder als Genehmigung im Sinne der nachträglichen Zustimmung (§ 184) in Betracht kommt (vgl. §§ 1810, 1813, 1821, 1822, 1690 2c.). Die Terminologie der §§ 182 ff. BGB. bezieht sich somit nur auf solche Fälle, wo es sich um die Zustimmung Dritter handelt.

Dasselbe gilt von der Terminologie des § 305 Abs. 2 HGB. (Fusion von Aktiengesellschaften). Wenn das Gesetz dort vorsieht, daß der „von der Generalversammlung genehmigte Vertrag" in Urschrift oder beglaubigter Abschrift einzureichen ist, so ist damit nicht gesagt, daß der Vertrag vor der Beschlußfassung der Generalversammlungen zwischen den Vorständen abgeschlossen sein muß. Denn die Zustimmung der Generalversammlung enthält nicht etwa die „Mitwirkung eines Dritten", sondern die Mitwirkung eines Organs der Gesellschaft selbst. Diese ist es, welche in der Beschlußfassung handelt, die Generalversammlung ist der Träger des Willens der Gesellschaft selbst, und nicht — gegenüber der Gesellschaft — ein Dritter. Plotke, Holdh. Mschr. **01** 248—250.

2. Im Gegensatz zur Vollmacht ist bei der Ertheilung der Einwilligung die kausale Verknüpfung mit dem unterliegenden Rechtsverhältniß das Normale, und die Uebertragung des Apparats der §§ 170—173 auf die Einwilligung wird weder durch ein Verkehrsbedürfniß gefordert noch durch den Wortlaut des Gesetzes ermöglicht. Dies beruht auf der inneren Verschiedenheit zwischen Einwilligung und Vollmacht: der Einwilligende will einem fremden Rechtsgeschäft zur Wirksamkeit verhelfen, — sein Wille ist dem Willen der Kontrahenten hinzu zu addieren, — der Vollmachtsertheiler aber will ein eigenes Rechtsgeschäft durch Ertheilung der Vertretungsmacht an den Bevollmächtigten ermöglichen, der Wille des Vollmachtgebers und der des Vollmachtträgers sind gleichsam für einander fungibel. Romeick, Württ. J. **12** 121 ff., vgl. auch Laband, Goldschmidts Z. **10** 193.

3. Die formlose Zustimmung des gesetzlichen Vertreters eines in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Vertragstheils reicht auch dort aus, wo der Vertrag nur vor einem Richter oder Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Theile, also in qualifizirt gerichtlicher oder notarieller Form, abgeschlossen werden kann. Bendix, R. **4** 281.

Meischeider, R. **4** 201 ff. führt gegen Strohal, Erbrecht (2. Aufl.) 191, 192 A. 8, Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 600 A. 232, 603 A. 235, Endemann, Einführung III 253 aus, daß das Gesetz nicht zu der Annahme nöthige, daß ein von einer minderjährigen Ehefrau mit ihrem Ehemann formell richtig, aber ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters geschlossener Erbvertrag wirksam werde, sobald sie formlos nach erlangter Volljährigkeit ihrem Ehemann gegenüber die Genehmigung des Vertrags erkläre. Das Gegentheil wird in eingehender Darlegung aus den Formvorschriften des § 2276 Abs. 1 gefolgert.

4. Die gemäß §§ 182 Abs. 1, 185 Abs. 2 erforderliche Ertheilung oder Verweigerung der Zustimmung muß einer Partei, sei es der Haupt- oder Gegenpartei, gegenüber erklärt werden, um wirksam zu sein und als Grundlage eines

hypothekenamtlichen Definitiveintrags dienen zu können. Die vom Notar zu beurkundende Genehmigungserklärung muß also in Anwesenheit der einen oder anderen Partei dieser gegenüber erklärt und, daß dies geschehen, beurkundet werden. Um dem § 130 Abs. 1 auch gegenüber dem Hypothekenamt gerecht zu werden, ist der Ausweg gestattet, daß der Notar in der Haupturkunde von der einen oder anderen Partei oder auch beiden zugleich ermächtigt wird, diese Genehmigungserklärung entgegen zu nehmen. Auch ein dort erklärter Verzicht auf Entgegennahme der Genehmigungserklärung ist nicht unzulässig. Schließlich bietet auch § 132 noch einen Ausweg. — Die §§ 182—185 beziehen sich ganz allgemein auf alle Fälle, in denen die Zustimmung einer anderen Privatperson oder einer Behörde erforderlich ist, soweit nicht im einzelnen Fall Abweichendes bestimmt ist (§§ 1810, insbes. 1828 ff., 1915, 1643, 1686). Theilweise abgeändert ist der § 182 Abs. 1 im § 1828. So Lutz, Seuff. Bl. **01** 118 ff. Theilweise abweichend Schmitt, ebenda 121 ff. — Gegen Lutz auch Scherer, JW. **01** 352 ff., der von dem Prinzip ausgeht, daß die Praxis auch im Immobiliarverkehr seit 1900 es nur mit den Formvorschriften des BGB. zu thun hat, auch wenn das Grundbuch nicht angelegt ist. Was die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts anbelangt, so könne der Grundbuchrichter zum Definitiveintrag schreiten, sobald ihm der Beschluß des Vormundschaftsgerichts betr. die Genehmigung nebst der Bekanntmachung gemäß § 16 FrGG. vorgelegt werde. Die §§ 187 ff. finden auf die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts keine Anwendung; es sei kein „dritter" im Sinne des § 182 Abs. 1). — Bezüglich der Genehmigung von dritten (Privatpersonen) bei Verträgen tritt eine Aenderung gegenüber dem früheren Zustand insofern ein, als der Empfang der Genehmigung seitens der einen oder anderen Partei stattgefunden haben und dies dem Grundbuchrichter gemäß § 29 GO. nachgewiesen werden muß. Scherer zeigt hier auch, auf welche Weise die hier drohenden großen praktischen Schwierigkeiten vermieden werden könnten. Gegen das eine „praktische Auskunftsmittel", daß die Vertragsparteien den Notar, welcher den Vertrag aufnimmt, zur Entgegennahme der Genehmigung bevollmächtigen (s. auch oben), wendet sich Pinner ebenda 421/422, weil (in Preußen) die Vollmacht stempelpflichtig und stempelpflichtige Erklärungen möglichst zu vermeiden wären, außerdem aber der Notar durch § 171 Nr. 1 FrGG. an der Aufnahme der Vollmacht behindert sei. Er schlägt vor, den Genehmigenden bei Beurkundung der Genehmigung erklären zu lassen: „Ausfertigung dieser Verhandlung beantrage ich dem pp. (einer Vertragspartei) zu ertheilen" oder „Von dieser Urkunde kann der pp. Gebrauch machen."

5. Für Abs. 3 s. o. zu § 111 Ziff. 3.

§ 183. S. o. zu § 182 Ziff. 4.

§ 184. Die nachträgliche Genehmigung der Ausschlagung einer Erbschaft seitens des Vormundschaftsgerichts, die einem unter elterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen zugefallen ist, ist unzulässig. LG. Frankfurt, R. **01** 233 Nr. 74; 312 Nr. 1190.

§ 185. 1. Zu den wirksamen Verfügungen eines Nichtberechtigten gehören:

a) die Fälle, in denen der Nichtberechtigte zu solcher Verfügung nicht nur die Macht, sondern auch das Recht hat, so der Ehemann (§§ 1376, 1443), der Besitzer der Einwilligung im Falle § 183 I 1, der Nießbraucher § 1089, der Pfandgläubiger;

b) die Fälle, in denen der Nichtberechtigte kein Recht, wohl aber die Macht zur Verfügung über fremdes Recht besitzt, sei es,

α) daß der Berechtigte die Zustimmung ertheilt hat bzw. daß der Er-

werber die Befugniß des Veräußerers, für den Eigenthümer über dessen Sache zu verfügen, gutgläubig angenommen hat (HGB. § 366);

β) oder daß das Gesetz dem Nichtberechtigten lediglich mit Rücksicht auf den Schutz des gutgläubigen Verkehrs diese Macht verleiht;

γ) oder daß das Gesetz der Verfügung trotz Bekanntseins der Nichtberechtigung des Verfügenden Wirksamkeit verleiht.

Zur Erklärung dieser Erscheinung kann man nicht den Gesichtspunkt der Vertretung verwenden, da Vertretungsmacht und Verfügungsmacht wesentlich verschieden sind; man kann auch nicht den derivativen Erwerb überhaupt leugnen. Vielmehr wird durch die Verfügung des Nichtberechtigten das Recht des Dritten übertragen. Jene Fälle unterscheiden sich nicht in der Wirkung, sondern dadurch, daß die Gründe verschieden sind, aus denen der Nichtberechtigte die Macht zur Verfügung hat. Rechtsvorgänger des Erwerbers ist der dritte Berechtigte. Der Satz: nemo plus juris rc. ist dahin zu verstehen, daß der Verfügende nur dasjenige Recht, welches er in seinem Vermögen hat, aus diesem einem Dritten zu geben vermag. In den hier besprochenen Fällen erhält der Erwerber das Recht durch den verfügenden Nichtberechtigten, aber er erhält es aus dem Vermögen des Berechtigten. Hellwig, Subjekt. Grenzen d. Rechtskraft 97 ff.

2. Der Vorschrift des § 185 kommt für das Gebiet des Grundbuchrechts bei ordnungsgemäßem Verfahren des Grundbuchamts nur insoweit Bedeutung zu, als eine Verfügung, die der eingetragene Nichtberechtigte über ein Grundbuchrecht getroffen hat, in Folge der Einwilligung oder der Genehmigung des wirklichen Berechtigten wirksam ist oder wird.

Aus der Entstehungsgeschichte des § 185 folgt, daß das Konvalescenzprinzip auch für den Grundbuchverkehr gelten soll, wobei es aber selbstverständlich, den besonderen Grundsätzen des Grundbuchrechts entsprechend, seine besondere Ausgestaltung im einzelnen finden mußte. Als „Verfügung“ erscheint nur diejenige Rechtshandlung, durch welche die Rechtsänderung unmittelbar bewirkt wird, — im Grundbuchverkehr regelmäßig nach § 873. Es erscheint daher regelmäßig nur diejenige Bewilligung, zu welcher auch die Eintragung hinzutritt, als die Verfügung über den Gegenstand oder das Recht. Mehrere Einigungen und Eintragungsbewilligungen des Nichtberechtigten zu Gunsten verschiedener Personen werden mit dem Augenblick, wo er selbst den Gegenstand oder das Recht (buchmäßig) erwirbt, sämmtlich dergestalt wirksam, daß die Eintragung des Erwerbers im Grundbuch erfolgen kann. Dem Grundbuchrichter erscheint damit ein jeder, auf den eine Eintragungsbewilligung lautet, legitimirt seine Eintragung zu begehren. Auf diejenige Bewilligung, welche ihm zuerst vorgelegt wird, hat er die Eintragung vorzunehmen. Der spätere Rechtserwerb des verfügenden Nichtberechtigten, mit welchem dessen Verfügung wirksam werden kann, erfolgt der Regel nach erst mit der Eintragung. KG. v. 5. 11. 00 in OLG. **2** 157. KG. J. **21** A 150. Vgl. auch OLG. **5** 418 (Jena). Vgl. ferner bezüglich der Auflassungserklärungen insbesondere KG. v. 14. 10. 01 in KG.J. **23** A 136, OLG. **4** 33, ferner v. 4. 3. 01 KG. J. **22** A 146, KG. v. 29. 10. 00 in OLG. **2** 1 ff. S. ferner Dronke, DJZ. **01** 233.

Dagegen Eccius, DJZ. **02** 62 (s. auch Gruchots Beitr. **45** 455), der die Unmöglichkeit betont, aus der theoretischen Bezeichnung der dinglichen Einigung als Vertrag die Anwendbarkeit der Regeln des BGB. über Vertragsschluß und über Wirksamkeit der Vertragserklärungen herzulenken. Hierunter gehöre auch der § 177, der nur obligationsrechtliche Bedeutung habe. Die bindende Kraft der dinglichen Einigung sei an das Hinzutreten des realen Momentes, der Uebergabe oder Eintragung, geknüpft, bei der Auflassung an die gleichzeitige formelle

Abgabe der Erklärungen durch die Betheiligten oder berechtigte Vertreter. Die Auflassungserklärung des nicht berechtigten Vertreters habe für sich selbst keine Wirksamkeit, es liege eine bindende Einigung noch nicht vor, auch der andere Theil sei nicht gebunden; die nochmalige Genehmigung gemäß § 185 Abs. 2 könne überhaupt höchstens ex nunc, nie ex tunc wirken. Vom KG. sei auch der § 177 Abs. 2 verletzt, weil außer Acht gelassen sei, daß die genehmigende Erklärung ganz unwirksam sei, wenn sie nach Aufforderung des anderen Theils nicht gerade diesem gegenüber und rechtzeitig binnen 14 Tagen abgegeben sei. Gegen KG. v. 14. 10. 01 bemerkt er speziell, daß auch hier außer Acht gelassen sei, daß die Genehmigung nur ex nunc, nicht ex tunc wirksam sei und daß die Gebundenheit nicht nur des Veräußerers, sondern auch des Erwerbers die gleichzeitig eingetretene Gebundenheit des anderen Theils voraussetzt. — Gegen Eccius im R. **02** 115 ff. Förster, der betont, daß § 185 Abs. 2 sage: die Verfügung **wird** wirksam; daraus ergebe sich die Rückwirkung der G. Es liege ebenso wie im § 184. Er enthalte das allgemeine Prinzip, das auch im Fall des § 185 Anwendung finde, da hier nichts anderes bestimmt sei. Er widerlegt des weiteren die von Eccius aufgeworfenen Eventualitäten. Ebenda 141 ff. wendet sich Förster gegen die Ecciusschen Bedenken betr. den § 177. Er behauptet seine Anwendbarkeit.

Dagegen ist der Vorschrift nicht die Wirkung beizumessen, daß auf Grund der bloßen Zustimmung des — eingetragenen — Berechtigten Eintragungsanträgen zu entsprechen wäre, die sich auf die Bewilligung eines Nichtberechtigten stützen. Denn über die Voraussetzungen, unter welchen einem Eintragungsantrage stattzugeben ist, entscheiden die Vorschriften der GBO., und nach diesen Vorschriften kann eine Eintragungsbewilligung grundsätzlich nur dann zu einer Eintragung führen, wenn sie von dem eingetragenen Berechtigten abgegeben ist (§§ 19, 20, 40 Abs. 1). Kretzschmar, CBlFrG. **2** 812.

3. Aus der Judikatur: § 185 bezieht sich nur auf unmittelbare Verfügungen über eine Sache oder ein Recht, nicht auf die nur vorbereitende Verpflichtung zur Vornahme einer solchen Verfügung. **RG.** v. 23. 10. 01, **49** 415; JW. **01** 867 Beil. 165. Hat ein Rechtsanwalt auch ohne Vollmacht gekündigt, so liegt jedenfalls in der Führung des entstehenden Prozesses die Genehmigung des berechtigten Mandanten (§§ 174, 185 Abs. 2) **RG.** v. 25. 1. 02, **50** 157; JW. **02** Beil. 192.

Wenn der Mann unter Mißbrauch seines Verwaltungs- und Nießbrauchsrechts über eingebrachtes Gut verfügt, so ist diese Art der Verfügung, weil von einem Nichtberechtigten ausgegangen, auch im Verhältnisse zwischen ihm und dem Dritten unwirksam. OLG. **4** 29 (Oldenbg.).

Vierter Abschnitt.

Fristen. Termine.

§ 186. Die für Fristen und Terminsbestimmungen gegebenen dispositiven Bestimmungen, welche das BGB. selbst „Auslegungsvorschriften" nennt, sind in Wahrheit mehr als eine gesetzliche Regel für die Auslegung der Vereinbarung der Betheiligten. Diese gesetzlichen Bestimmungen entsprechen der Zweckmäßigkeit und sind deshalb mit vollem Recht von den Römern übernommen worden, es ist aber nicht anzunehmen, daß der vermuthliche Wille der Parteien an und für sich mit ihnen übereinstimmt. Diese Bestimmungen würden auch dann zur Anwendung kommen müssen, wenn feststände, daß der eine der Vertragschließenden ihre Anwendung nicht wollte, wenn es aber zu einer abweichenden Vereinbarung der Parteien über eine andere Weise der Berechnung der Frist oder des Termins nicht kam. Dernburg, BGB. I 53 Anm. 7.

Auslegungsvorschriften im Sinn des Gesetzes sind Aushilfsbestimmungen für die Auslegung, die Platz greifen, wenn in dem durch sie normirten Punkt die nach allgemeinen Grundsätzen vollzogene Auslegung kein bestimmtes Ergebniß liefert. Ihre Anwendung wird ausgeschlossen durch eine abweichende Verkehrssitte. Hölder, R. **5** 216 ff., KrVschr. **42** 492 f.

§ 187. 1. Bei vereinbarten kalendermäßigen viertel- oder halbjährigen Kündigungsfristen kann nicht noch am Ersten auf den Ersten gekündigt werden. Die Kündigung muß vielmehr am Schlusse, dem letzten Tage eines Kalenderabschnitts erfolgen. Eine Ausnahme besteht nur für Grundstücksmiethen, § 565 BGB. Die Bestimmung des § 187 kann nicht durch die Verkehrssitte abgeändert werden. Düringer, R. **01** 576 ff., s. auch 155 ff. gegen Scherer, JW. **01** 393/394.

2. Fristen, welche unter der Herrschaft des BGB. bewilligt sind, sind nach BGB. zu berechnen, auch wenn sie sich auf ältere Rechtsverhältnisse beziehen. **RG. 50** 253.

Fünfter Abschnitt.

Verjährung.

§ 194. 1. a) Hellwig, Anspruch 5 ff. führt aus: Der civilrechtliche Anspruch und das Schuldverhältniß, die privatrechtliche „Forderung" (Anspruchsrecht und Forderungsrecht), sind identische Begriffe. Was „Anspruch" von der Seite des Berechtigten aus bedeutet, bezeichnet BGB. von der Seite des Verpflichteten aus als „Verbindlichkeit"; Hellwig, Anspruch 39 ff.: im Ganzen bedeutet jeder Anspruch ein „Schuldverhältniß". Ist ein Schuldverhältniß vorhanden, so ist ein Anspruch gegeben.

α) Die Verpflichtung zu einem Unterlassen begründet sogleich einen Anspruch (arg. § 198²).

β) Die Existenz eines Anspruchs setzt voraus, daß die Bedingung oder der Anfangstermin, von dem seine Entstehung abhängt, eingetreten ist (§§ 158¹, 163). Ist dagegen die Leistung zwar schon geschuldet, ihre Fälligkeit aber noch nicht eingetreten, so ist ein Anspruch schon vorhanden. —

Hellwig a. a. O. 30 ff.: Auch die sog. „dinglichen Ansprüche" (§ 221, d. h. Ansprüche auf Herstellung eines dem dinglichen Recht entsprechenden thatsächlichen Zustandes), der §§ 862, 894/96, 908, 985, 1004 sind keineswegs identisch mit dem dinglichen Recht, sondern sie stellen wie alle Ansprüche (im Sinne des BGB.) eine Verbindlichkeit dar, auf welche, wenn sie entstanden ist, im Zweifel die allgemeinen Grundsätze des Rechts der Schuldverhältnisse Anwendung finden (obligationes ex lege 39). Die dinglichen Ansprüche stehen in materiell-rechtlicher Beziehung selbständig neben dem dinglichen Recht; auch ihre prozessuale Verfolgung ist anders als die des Rechts.

Die Ansprüche der §§ 816, 951, 989 ff. sind keine „dinglichen", sondern persönliche Ansprüche, der Unterschied zeigt sich im Konkurse: der Anspruch auf Herausgabe (§ 985) ist Aussonderungsanspruch, die Ansprüche auf Entschädigung (§§ 989, 990) sind stets Konkursforderungen, die Surrogatforderungen (§§ 816, 951) sind es in der Regel, sofern nicht § 46 KO. vorliegt.

Hellwig a. a. O. 40: Aus der causa obligationis können sich unter Hinzutritt weiterer Thatsachen weitere Verbindlichkeiten entwickeln; alle diese Einzelansprüche sind zwar selbständig in Bezug auf ihre Entstehung und Entwickelung, haben aber in dem ursprünglichen Schuldgrunde etwas Gemeinsames.

Materiell und prozessual bedeutungsvoll ist ferner die Unterscheidung von Haupt- und Nebenansprüchen. Letztere sind solche, welche nur dann und nur so lange entstehen können, wenn und so lange der andere Anspruch besteht.

γ) Theilanspruch ist der Theil eines Anspruchs oder einer von mehreren Ansprüchen, die aus dem Gesammtverhältniß gleichzeitig entstanden sind oder sich aus demselben nacheinander entwickeln.

δ) Dingliche und persönliche Ansprüche. Jene gehen stets nur auf Verwirklichung des dem dinglichen Rechte entsprechenden Zustandes durch eine Leistung des Verpflichteten, die persönlichen können auf eine Leistung aus seinem Vermögen gehen; sie brauchen es aber nicht; sie können ihre Entstehungsursachen in einem zwischen den beiden Betheiligten bereits bestehenden obligatorischen Rechtsverhältnisse haben, sie brauchen es aber nicht.

Hellwig a. a. O. 42 ff.: Der Anspruch (das Forderungsrecht) kann nicht nur vom Schuldner verletzt werden, sondern auch von Dritten, insofern Dritte oft mit Wirksamkeit gegen den Gläubiger über das Forderungsrecht verfügen können, z. B. §§ 407/8, 412, 793 I, 797, 851, 893, 1054, 1070, 1248, 1275, 2019 II, 2366, 2367, 2368, 2370 BGB. Der verus creditor hat 1.) Feststellungsklage gegen Forderungsprätendenten, uter creditor sit? und 2.) Klage auf Unterlassung jeder Verfügung über die streitige Forderung, also Schutz analog den Sachen, insoweit darüber von Dritten verfügt werden kann.

Als Verletzung durch einen Dritten erscheint auch die Betheiligung des Dritten an Rechtshandlungen des Schuldners, die der Anfechtung unterliegen.

b) Anspruch ist das Recht, von einem Anderen ein Unterlassen, Dulden oder Thun zu verlangen. Diese Ansprüche sind entweder absolute (Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Name, die dinglichen Rechte, einschließlich der Miethe und Leihe, ausschließlich der Reallast) oder relative, auf Austausch von Verkehrsgütern, d. i. Sachen und Diensten, gerichteten Rechten entsprungen.

Der absolute Anspruch auf Unterlassen ist genau genommen überhaupt kein Anspruch; der absolut Berechtigte fordert nicht von Jedermann Unterlassung von Eingriffen. Vielmehr ist der Wille des Berechtigten nur auf Bewahrung des Rechtsguts und nur der der Ueberzeugung des Rechtsgenossen entspringende Wille der Rechtsgenossenschaft gegen eine Störung des absoluten Rechts von Seiten der übrigen Rechtsgenossen gerichtet. Der Anspruch auf Unterlassen ist nur das absolute Recht von außen gesehen und im Zustand der Ruhe. Es gewährt rechtlich die Befugniß zur Nothwehr (§§ 227, 859 Abs. 1 BGB., § 53 StGB.).

Der absolute Anspruch auf Dulden ist, obwohl gesetzlich nur in einzelnen Fällen anerkannt, dennoch auf der ganzen Linie der absoluten Rechte nachweisbar. Er entsteht, wenn das absolute Recht mit der Rechtssphäre eines Rechtsgenossen kollidirt, und besteht in dem Recht (Befugniß), durch eine Handlung in die Rechtssphäre des anderen einzugreifen, und der entsprechenden Pflicht des anderen, sich einen solchen Eingriff gefallen zu lassen. Beispiele sind §§ 52, 54 StGB. (ohne korrelate Pflicht zum Dulden), §§ 228, 904, 229 (z. Th.), 1005, 867, 905 ff., 743 (Zusammentreffen zweier Rechtssphären in einer Sache), 535 BGB.

Der absolute Anspruch auf Thun mit der entsprechenden Pflicht des anderen zur Vornahme einer Handlung, durch die die eigene Rechtssphäre des Handelnden betroffen wird, zeigt als das eigentliche Gebiet der gerichtlichen Hülfe eine reiche Ausbildung besonderer Rechtsmittel (actio legis Aquiliae, iniuriarum, Sachsenbuße, actio Serviana, vindicatio, negatoria).

Daß, obwohl die angemessenere Konstruktion aller dieser Ansprüche die dingliche wäre, dennoch insbesondere die absoluten Ansprüche auf Thun theilweise obligatorisch konstruirt sind, hängt mit der Aehnlichkeit dieser Ansprüche mit den aus Verträgen und der hauptsächlich dem Handel und Verkehr zuneigenden und darum das Obligationenrecht besonders bevorzugenden Entwickelung des römischen Rechtes zusammen. Das deutsche Recht als überwiegend agrarisches Recht hat vielfach (z. B. an der Reallast) die umgekehrte Erscheinung aufzuweisen.

Die relativen, auf dem Vertrag beruhenden Rechte sind wesentlich obligatorisch konstruirt. Der Anspruch auf Unterlassen dient hauptsächlich zur Verstärkung absoluter Rechtspositionen, der Anspruch auf Dulden ist wesentlich zur Sicherung anderer Ansprüche bestimmt. Der relative Anspruch auf Thun umfaßt das Hauptgebiet des Obligationenrechts, die Verträge auf Uebertragung von Sachen und auf Stellung der Arbeitskraft selbst in den Dienst eines Anderen. du Chesne: SächsA. **10** 684 ff., **11** 529 ff.

c) Bolze, Der Anspruch Gruchots Beitr. **46** 753—79 1 bezeichnet den Anspruch als das Recht, durch richterliches Urtheil (oder was dem gleichsteht) zu erlangen, was Antragsteller verlangt. So verschiedenen Inhalt das im Civilprozeß (oder in einem gleichstehenden Verfahren) ergehende Urtheil haben kann, so verschiedenen Inhalt kann der Anspruch haben. Die wichtigste Seite des Anspruchs, die Beziehung auf ein angestrebtes oder mögliches Urtheil, ist in die Definition, wenn § 194 eine solche wiedergeben wollte, nicht aufgenommen. Gleichwohl ergiebt sich diese Beziehung aus dem Zusammenhang, wo allein von der Verjährung des Anspruchs die Rede ist, die eintritt, weil er innerhalb der vorgeschriebenen Zeit nicht geltend gemacht ist. Dies aber, — daß er, wenn er unbefriedigt bleibt, bei Gericht geltend zu machen ist, — ist sein eigentlicher Zweck, sein Lebenselement.

Mit der Verjährung erlischt der Anspruch, aber nur der persönliche auf Leistung oder Unterlassung, nicht das Recht.

Mit der Kategorie der §§ 194 ff. ist der Umfang der Urtheile so wenig abgeschlossen wie der Umfang der Ansprüche. Der Beklagte muß insbesondere auch dulden, daß zwischen ihm und dem Kläger ein für ihn maßgeblicher Anspruch des Richters über das Bestehen eines die Interessen beider Parteien berührenden Rechtsverhältnisses ergeht.

Bolze faßt seine Ansicht nach Besprechung einer Reihe praktischer Fälle 787 ff. dahin zusammen: der Begriff des Anspruchs muß sehr weit gezogen werden, wenn schon die Bestimmungen über Verjährung auf diejenigen Ansprüche beschränkt werden, die in den §§ 194 ff. charakterisirt sind, und etwa noch auf die diesem zunächst liegenden Ansprüche anderer Art. Der Anspruch muß die Geltendmachung der persönlichen Interessen mit umfassen, welche das materielle Recht schützt und durch Gestattung einer Klage wie durch Zulassung eines Urtheils schützen will (Feststellungs-, Leistungs-, Nichtigkeits-, Anfechtungs-, Ehescheidungsklage, — alle die Klagen, auf deren Erhebung durch das richterliche Urtheil und durch dieses allein derjenige rechtliche Effekt herbeizuführen ist, welcher dem normalen Rechtszustand entspricht).

Es ist ferner nicht entscheidend, daß der Kläger ein eigenes Interesse geltend macht; auch nicht, daß ihm ein Prozeßgegner gegenüber steht z. B. im Aufgebots-, Entmündigungsverfahren. Vielmehr: Das zum Schutz eines Privatrechts oder eines rechtlichen Interesses bei Gericht (einer anderen hierzu berufenen Behörde oder einen Schiedsrichter) gestellte Begehren auf Feststellung, Sicherung, Unterlassung, Wiederherstellung, Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges durch einen Spruch, und das Recht auf alles dieses, sei es daß der Anspruch erhoben ist, sei es auch nur, daß er erhoben werden könnte, gehört hierher.

d) Der Anspruch beruht seinem Wesen nach auf der persönlichen Richtung aller subjektiven Rechte. Eine solche persönliche Richtung hat jedes Recht, auch insofern es eine unmittelbare Herrschaft über gegenständliche Güter gewährt. Während das relative Recht ohne Weiteres die Befugniß giebt, von einem bestimmten Verpflichteten ein entsprechendes positives oder negatives Thun zu verlangen, richtet sich das absolute Recht gegen Jedermann, insofern als es verboten ist, den Berechtigten in seinem Machtkreise zu stören. Aber dieses Störungsver-

bot gegen Jedermann ist noch kein Anspruch wider Jedermann. Aus dem absoluten Recht entsteht vielmehr ein Anspruch regelmäßig erst dann, wenn der Berechtigte von irgend einer gewissen, wenn auch vielleicht ihm unbekannten Person, ein Thun oder Ablassen von einem Thun verlangen kann. Mithin kann allerdings das absolute Recht weit zahlreichere Ansprüche erzeugen als das relative. Aber der einzelne Anspruch hat, wenn einmal entstanden, stets den gleichen Charakter, mag er aus einem absoluten oder relativen Recht hervorgehen. Crome, System I 179 f.

e) Flechtheim, Gruchots Beitr. **44** 65 ff. bemerkt: Wird ein Recht auf ein konstitutives Urtheil vom BGB. als „Anspruch" aufgefaßt — z. B. §§ 749, 853; nicht dagegen das Recht auf Scheidung, vgl. § 1571 [insofern zu berichtigen Flechtheim 67 u. 70] — so folgt aus § 194, daß materieller Gegenstand dieser Ansprüche nicht das Urtheil, also eine richterliche Handlung sein kann. Sie sind vielmehr in Wahrheit Ansprüche auf Abgabe der entsprechenden Willenserklärung durch den Verpflichteten. Die konstitutive Form des Urtheils ist nur Vollstreckungssurrogat, gleichwerthig mit der Fiktion des § 894 CPO.

Bei einer großen Gruppe der auf rechtsgeschäftliche Schaffung von Rechtswirkungen gerichteten Ansprüche besteht die „Leistung" in der Einwilligung in die Aufhebung bestehender Rechtsverhältnisse: „Aufhebungsansprüche" (z. B. §§ 343, 821, 853 BGB., 117, 133 HGB. ꝛc., besonders auch die Gewährleistungsansprüche: §§ 462, 634 ff. BGB.). Diese Ansprüche auf vertragsmäßige Aufhebung bilden das Gegenstück zu den durch einseitige Willenserklärung auszuübenden Aufhebungsrechten (z. B. Rücktritt, Kündigung ꝛc.). Flechtheim a. a. O. 65 ff.

Gaupp-Stein, Komm. z. CPO. Vorbem. zu § 253 N. 11 tadeln die Bezeichnung „Aufhebungsanspruch" als „sehr einseitig". ➳ Sie übersehen, daß es Flechtheim gerade darauf ankam, für eine bestimmte Gruppe von „Rechtsgestaltungsklagen" einen besonderen terminus technicus zu prägen. Flechtheim. ⟵

2. Die Verjährung ist keine „Klageverjährung", sondern bezieht sich nur auf Forderungen, die sie mit einer Einrede behaftet. Hellwig, Anspruch 163.

3. Wesentlich verschieden von der Verjährung ist die präklusive Befristung (Ausschlußfrist), welche wie die Suspensivbedingung das Rechtsverhältniß überhaupt nicht zur Entstehung gelangen läßt, so daß bei ihr von Hemmung und Unterbrechung keine Rede sein kann und die bezüglichen Bestimmungen nur ausnahmsweise analoge Anwendung finden, z. B. inhalts der §§ 124 Abs. 2, 210, 212, 215; die Verjährung dagegen schließt die Geltendmachung des entstandenen Anspruchs aus und räumt dem an sich Verpflichteten die Befugniß ein, die vordem begründete Leistung zu verweigern, um ihn so bei der Schwierigkeit der Rechtsvertheidigung gegenüber der verdunkelnden Macht der Zeit zu schützen. Eine Präklusivfrist ist z. B. in dem § 30 preuß. Ges. über die Enteignung von Grundeigenthum v. 11. 6. 74 gesetzt (**RG. 2** 334, **3** 303), während der § 12 preuß. Ges. betr. die Erweiterung des Rechtswegs v. 24. 5. 61 eine Verjährungsfrist enthält (**RG. 17** 208, **24** 200). Bendix, Privatr. 193. Dazu **RG.** v. 9. 5. 01, **48** 163 ff. JW. **01** 454 ff., Beil. 116 ff.

Die Verjährung unterscheidet sich von der Ausschlußfrist nicht nur

a) durch die strengere Berechnung der Frist, insofern bei der Ausschlußfrist Hemmung der Frist nur ausnahmsweise ist und Unterbrechung nicht eintritt, sondern vornehmlich

b) hinsichtlich der Wirkung, insofern Verjährung eine Einrede gegen den Anspruch erzeugt, während der fruchtlose Ablauf der Ausschlußfrist den Anspruch erlöschen läßt.

Deshalb sind die Vorschriften über Verjährung nicht ohne Weiteres auf Ausschlußfristen anzuwenden; das gilt auch für Art. 169 EG.BGB. Vgl. hierzu auch das OLG. München, R. **01** 354 Nr. 1317.

4. Die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Rechtsanwalts tritt sowohl für die Gebühren als auch für die zwecks Ausführung des Auftrags gemachten Auslagen gleichzeitig ein; der Verjährungsbeginn ist deshalb für beide Arten von Ansprüchen ein gleichzeitiger. Walter-Joachim, RAGebO. 36.

5. Die Vorschrift des Abs. 2 bezieht sich auch auf die Klagen auf Aufhebung oder Wiederherstellung eines Güterstandes. Friedrichs, Prozeßpraxis 1109 ff.

§ 195. Marcus, R. **02** 610 behauptet gegen Lehmann-Ring und Staub, daß der Zeugnißanspruch der §§ 113 RGO., 73 HGB. und 630 BGB. jedenfalls dann nicht mehr anzuerkennen ist, wenn der Angestellte nach seiner Entlassung das Zeugniß überhaupt nicht begehrt und ohne solches anderweitig Stellung gefunden hat.

§ 196. 1. a) Die kurze Verjährung ist an die objektive Natur des Anspruchs geknüpft; auf welchem Rechtsgrund derselbe beruht, ist unerheblich. Liefert ein Kaufmann Waaren ohne Bestellung, so ist sein Anspruch aus der Bereicherung ein Anspruch für Lieferung von Waaren, der Anspruch verjährt also in zwei Jahren. Goldmann-Lilienthal 407. Ebenso Bendix, Privatr. 195.

b) Der kurzen Verjährung unterliegt auch der an Stelle des ursprünglichen Anspruchs tretende Interesseanspruch wegen Nichterfüllung. Wird der Anspruch aus einem der im § 196 bezeichneten Schuldverhältnisse aus dem Gesichtspunkt auftragsloser Geschäftsführung oder ungerechtfertigter Bereicherung erhoben, so findet die kurze Verjährung gleichfalls Anwendung. Josef, Gruchots Beitr. **42** 2 ff., 4 ff., 7 ff.

c) Durch auftragslose Zahlung fremder der kurzen Verjährung unterliegender Schulden erlangt der Zahlende einen Anspruch gegen den Zahlungspflichtigen, welcher nicht ohne Weiteres der kurzen Verjährung unterliegt. Josef a. a. O.; vgl. Mantey, ebenda 551 ff.

2. Nr. 1. Ausnahmsweise verjähren diese Ansprüche erst in vier Jahren (§ 196 Abs. 2), wenn die Leistung für den selbständigen (**RG. 27** 261) Gewerbebetrieb des Schuldners, d. h. des Mitkontrahenten oder des aus sonstigem Grund Verpflichteten, nicht aber wie nach § 1 preuß. Ges. v. 31. 3. 38, wenn sie für den Gewerbebetrieb des von dem Vertragsgenossen verschiedenen Empfängers (Strieth. A. **97** 210) erfolgt. Der Militärdienst (ebenda **36** 90), die Schriftstellerei (ebenda **41** 358) ist kein Gewerbe, ebensowenig an sich die Forst- und Landwirthschaft, jedoch giebt es landwirthschaftliche Nebengewerbe, an die geleistet sein kann, z. B. Brennereien, Zuckerfabriken, die nach Maßgabe des § 3 HGB. selbst als Handelsgewerbe gelten. Zum Gewerbebetriebe gehört nicht bloß, was der Schuldner verarbeitet und weiter veräußert oder liefert, sondern auch die Ausführung von Arbeiten zum Bau seiner Fabrik, sowie Ausmöblirung seines Komtoirs oder Bureaus (ObTrib. **17** 205, Strieth. A. **4** 254, **7** 248; **RG. 5** 273 ff.). Bendix, Privatr. 195 f. Vgl. auch über das Verhältniß des § 196 Nr. 1 zu der früheren Rechtsprechung betreffend den § 1 des preuß. Gesetzes v. 31. 3. 38 Bendix, R. **02** 544 ff., der eine Reihe praktischer Fälle hervorhebt.

Meyer, R. **02** 428 versteht unter der Ausnahme (Leistung für den Gewerbebetrieb) Fälle, in welchen der Schuldner in seinem Gewerbe zugleich Gläubiger eines anderen Schuldners hinsichtlich der Waare bezw. Leistung und Auslage ist oder doch werden kann. Es genügt also z. B. nicht, daß ein Handwerker am Gasthause Reparaturen vorgenommen hat, um den Zusammenhang mit dem Gastwirthsgewerbe zu begründen.

3. Nr. 15 findet nur Anwendung auf Rechtsanwälte im Sinn der RAO., nicht auf Beistände (§ 90 CPO.) oder Beigeordnete (§ 116 CPO.), wohl aber auf die nach § 157 CPO. zugelassenen gewerbsmäßigen Parteivertreter.

Die zweijährige Verjährung trifft nur Ansprüche aus rechtsanwaltschaftlicher Thätigkeit an den Auftraggeber oder dessen Bürgen oder die Gegenpartei (§ 124 CPO.), gleichviel ob hierfür eine reichs- oder landesgesetzliche Gebührenvorschrift besteht oder nicht. Mayer, JW. **99** 657 f. Derselbe erörtert auch das Verhältniß des § 198 zu §§ 84, 85 und 86 RAGebO. und den Beginn der Verjährung von Ansprüchen wegen Gebühren und Auslagen. Er läßt den Anspruch für Auslagen nicht erst mit Beendigung des Prozesses, sondern schon in dem Moment entstehen, in welchem der Rechtsanwalt die Auslagen gemacht hat.

4. Nr. 17. Wochinger, Seuff. Bl. **00** 313 ff. verneint die Frage, ob durch § 196 Nr. 17 die scheinbar im Widerspruch mit ihr stehende Vorschrift des § 16 der GebO. für Zeugen u. s. w. v. 30. 6. 78, nach der „der Anspruch erlischt, wenn das Verlangen binnen drei Monaten nach Beendigung der Zuziehung oder Abgabe des Gutachtens bei dem zuständigen Gerichte nicht angebracht wird", außer Wirksamkeit gesetzt sei. Er führt gemäß Art. 32 EGBGB. auf Grund der Entstehungsgeschichte aus, daß § 16 a. a. O. keine der Hemmung oder Unterbrechung unterworfene Verjährungsfrist, sondern eine besondere Ausschlußfrist enthält, welche, zusammenhängend fortlaufend, aus Gründen des bürgerlichen Rechts weder gehemmt, noch unterbrochen werden kann. Doch ist künftig zu unterscheiden zwischen den Zeugen und Sachverständigen, welche nach § 1 der GebO. geladen sind, und jenen, bei welchen dies nicht der Fall ist. Die Ansprüche der ersteren unterliegen der Ausschlußfrist des § 16 der GebO., die der letzteren der Verjährungsfrist des § 194 BGB.

§ 197. Die Abträge auf eine Amortisationshypothek, die durch allmähliche Abzahlung getilgt werden soll, unterliegen nur dann der kurzen Verjährung des § 197, sind auch nur dann nach den Grundsätzen der Abtretung nicht hypothekarischer Forderungen abtretbar und ungeeignet, eine Eigenthümerhypothek zu begründen, wenn sie als Nebenleistung bedungen sind, durch die die Kapitalforderung nicht unmittelbar getilgt wird, die vielmehr behufs allmählicher, erst nach Aufsammlung der Abträge zur vollen Höhe des Kapitals wirksam erfolgender Tilgung entrichtet werden sollen. Eccius, Gruchots Beitr. **45** 453.

§ 198. 1. Die Verjährung beginnt mit der Entstehung des Anspruchs, d. h. mit der Entstehung eines klagbaren Anspruchs auf eine Leistung. Es entspricht der Idee der Verjährung, daß die Verjährung eines Anspruchs nicht eher beginnt, als der Anspruch geltend gemacht werden kann. Man darf daher nicht sagen, die Verjährung beginne schon mit der Begründung des Gläubigerrechts, denn man erkennt an, daß die Verjährung von bedingten und befristeten Ansprüchen nicht vor Eintritt der Bedingung oder des Termins beginnen kann, dennoch aber ist sicher auch vorher schon ein Gläubigerrecht begründet. Dernburg, BGB. I 513 ff.

2. Wendt, A.civPr. **92** 93 ff. Die Zuwiderhandlung hat verschiedene Bedeutung, je nachdem es sich um dingliche oder persönliche Ansprüche handelt. So oft ein dinglich Berechtigter zur Klage auf Unterlassung berechtigt ist, wird sein Anspruch durch die Zuwiderhandlung, d. h. durch die Verletzung seines Rechts, überhaupt erst begründet. So fallen hier beide Momente zusammen, und es hätte ausgereicht, lediglich die Entstehung des Anspruchs zu betonen. Es ist also nicht etwa zum Beginn der Verjährung überall eine der Entstehung des Anspruchs nachfolgende Zuwiderhandlung zu verlangen.

3. Aus der Judikatur: Die Feststellungsklage der Tochter gegen ihren Vater, daß er gemäß § 164 verpflichtet sei, ihr im Fall der Verheirathung eine Aussteuer zu gewähren, wird durch § 198 nicht ausgeschlossen. **RG.** v. 17. 6. 01 JW. **01** 597, Beil. 139.

Wird ein Schadensersatzanspruch aus einem Unfall geltend gemacht, so wird nicht jede Rate für sich fällig; maßgebend ist, daß Schadensersatz sofort nach

dem Unfall hätte verlangt werden können, so daß die einheitliche Forderung sofort mit der Entstehung fällig geworden ist. OLG. 5 314 (Hamburg).

§ 202. 1. Durch die Vereinbarung, daß der Lohn verzinslich in dem Geschäft des Prinzipals stehen bleiben soll, ist der Einrede der Verjährung der rechtliche Boden entzogen. Enthält ein solches Abkommen auch nicht die Umwandelung der Forderung in ein Darlehen, so stellt es doch einen dem Dienstvertrag hinzugefügten Nebenvertrag dar, durch welchen die gerichtliche Geltendmachung des Lohns bis zur Aufhebung des Dienstverhältnisses oder des Geschäfts gegen die Zusicherung einer 5prozentigen Verzinsung ausgeschlossen worden ist (pactum de non petendo in tempus) OLG. 1 246 (Darmst.). Ueber RG. v. 9. 5. 01 s. o. zu § 194 Ziff. 3.

2. Dadurch, daß ein Anspruch der Anfechtung unterliegt oder daß ihm eine zur Anfechtung geeignete Forderung gegenübersteht, wird die Verjährung nicht gehemmt. Goldmann-Lilienthal 416.

Eine thatsächliche Behinderung des Berechtigten an der Geltendmachung des Anspruchs ist grundsätzlich ohne Einfluß auf den Lauf der Verjährung. Daher werden durch die auch entschuldbare Nicht-Kenntniß des Anspruchs, der Person des Verpflichteten oder seines Aufenthalts Beginn und Lauf der Verjährung nicht berührt. Goldmann-Lilienthal 416. Ebenso Bendix, Privatr. 204. Eine sonstige thatsächliche Behinderung, insbesondere Unkenntniß des Berechtigten von seinem Recht, wird im Gegensatz zu den §§ 512 ff. I. 9 Pr. ALR. als Mittel der Hemmung der Verjährung nicht anerkannt.

3. „Einredebegriff". Um für die rechtsphilosophische Erfassung und die praktische Behandlung der sog. materiell-rechtlichen Einreden des BGB. eine Grundlage zu gewinnen, hat Betzinger (im Anschluß an die in seiner „Beweislast", 266 ff. veröffentlichte Theorie der Potestativnormen) den Gesichtspunkt der Antragsnormen des Strafrechts für das Civilrecht verwerthet. Der Verf. versteht unter (civilrechtlicher) Antragsnorm eine Rechtsnorm, welche in ihrem Thatbestand außer anderen Voraussetzungen objektiver Natur (z. B. bei der Verjährung außer dem Zeitablauf) noch die subjektive Voraussetzung eines Antrags erfordert, durch welchen der Antragsberechtigte (hier: der Schuldner) die Rechtswirkung (hier: Tilgung des gegnerischen Anspruchs) sich aneignet und geltend macht.

Die Antragsnormen des BGB. werden vom Verf. eingetheilt in

A. außergerichtliche, die durch formlose einseitige, empfangsbedürftige Erklärung geltend gemacht werden; solche sind:

a) die Anfechtung wegen Irrthums §§ 119, 120;
b) " " " Arglist § 123;
c) " " " Drohung § 123;
d) die Aufrechnungserklärung §§ 388 ff.;
e) der Widerruf einer Schenkung § 530 im Fall der Einklagung des Schenkungsversprechens;
f) die Wandelungs- und Minderungsbefugniß des Käufers § 462, bzw. beim Werkvertrag §§ 634, 651.

B. Alle übrigen Antragsnormen des BGB. sind gerichtliche, d. h. sie können nur in einer Prozeßerklärung (meist einredeweise) geltend gemacht werden. Zu diesen „Einreden" i. S. des BGB. gehören:

I. mit aufschiebender Wirkung:

h) das Zurückbehaltungsrecht §§ 273, 274;
i) die Leistungsverweigerung wegen nicht erfüllten Vertrags §§ 320, 322;
k) das Recht auf Sicherheit §§ 321, 867, 1005;
l) die Vorausklage des Bürgen §§ 771, 773;

m) der Schutz des Bürgen bei Anfechtbarkeit und Aufrechenbarkeit der Hauptschuld § 770 und ähnlich des Grundstückseigenthümers bei der hypothekarischen Klage § 1137, des Pfandbestellers § 1211;
n) die Ueberlegungsfrist des Erben §§ 2014, 2015;
o) die Nothbedarfseinrede des Schenkers § 519;
p) das Weigerungsrecht bis zur Vorlage des Hypothekenbriefs § 1160;

II. mit zerstörlicher Kraft:

q) die Anspruchsverjährung §§ 194 ff.;
r) das Recht des persönlichen Schuldners aus § 1166;
s) das Kürzungsrecht des Erben α) §§ 1973, 1989, 1990; β) § 1992; γ) §§ 2318, 2322; δ) §§ 2319; 2328;
t) das Kürzungsrecht des Vorerben § 2145;
u) „ „ „ Vermächtnißnehmers § 2187;
v) die (eigentlich verjährten) Umstoßungsrechte §§ 821, 853.

Hinsichtlich der Rechtswirksamkeit dieser Antragsnormen kommt in Betracht, daß im Einzelfall zwischen der Verwirklichung der objektiven Voraussetzungen (z. B. dem Ablauf der Verjährungsfrist) und der der subjektiven Voraussetzung, d. i. des Antrags (z. B. der Geltendmachung der Verjährungseinrede), stets ein Zeitraum liegt, während welchem also der volle Thatbestand nicht erfüllt ist. Nun bringt es die prinzipalste Logik der Gesetzesanwendung mit sich, daß ein halber Thatbestand niemals die an den ganzen Thatbestand geknüpfte Rechtsfolge nach sich ziehen kann, weder in ihrem ganzen, noch in theilweisem Umfang. Mit anderen Worten: solange der Antragsberechtigte von seiner Befugniß (zur Anfechtung bei a—c oben, zur Aufrechnung bei d 2c., zur Zurückbehaltung h) 2c., zur Verjährungseinrede q) keinen Gebrauch gemacht hat, besteht das anfechtbare 2c. gegnerische Recht in voller Kraft, wenn auch die objektiven Voraussetzungen der Anfechtung 2c. unzweifelhaft vorliegen.

Am folgerichtigsten ist diese Konstruktion bei der Verjährung durchgeführt.

Durchbrochen erscheint sie dagegen in folgenden Anwendungsfällen:

Nach § 813 BGB. kann beim Vorliegen der objektiven Voraussetzungen einer zerstörlichen „Einrede", (ausg. Verjährung), die Leistung kondizirt werden. Aehnlich kann nach §§ 1169 u. 1254 der Eigenthümer die Pfandfrei-Erklärung und nach § 886 die Beseitigung der Vormerkung verlangen.

Aber darin, daß der Berechtigte die Kondiktion gemäß §§ 813, 1169, 1254, 886 begehrt, liegt eben die Bethätigung des Antragswillens, somit die Setzung des subjektiven Thatbestandsmoments jener Antragsnormen.

Auch § 390 bildet keine Ausnahme, sondern ist durch den Charakter der Kompensation als Zahlungssurrogats zu erklären; denn eine mit einer solchen „Einrede" behaftete Forderung „repräsentirt keinen Werth, mit welchem der Gläubiger befriedigt werden kann" (Mot. II, 106).

Dagegen nicht als Antragsnormen (Einreden) sind aufzufassen (wie der Verf. a. a. O. näher begründet):

a) die Stundung — gegenüber dem Leistungsanspruch,
b) das Miethrecht — gegenüber dem Eigenthumsanspruch,
c) die Rechtskraftwirkung, sog. exc. rei iudicatae.

Zum Schlusse lehnt der Verf. in terminologischer Hinsicht die Begriffsspaltung von „Einrede" i. S. des BGB. und „Einrede" i. S. der CPO. als überflüssig und beirrend ab. Betzinger, Ann. d. bad. Gerichte 65 104 ff., 120 ff.

b) Zum Einredebegriff wird weiter von Hellwig, Anspruch 8 ausgeführt: Unter Einrede versteht das BGB. das Einrederecht, d. h. das Recht, eine

geschuldete Leistung zu verweigern (Recht des rechtlichen Könnens). Einreden giebt es also nur gegenüber Ansprüchen, d. h. Verpflichtungen, eine Leistung zu machen.

Die Bedeutung der peremptorischen Einrede besteht darin, daß „nach ihrer Geltendmachung es so anzusehen ist, als ob die Forderung rechtlich nie bestanden habe," Mot. II, 834; sie wirkt also wie ein Anfechtungsrecht, ohne den Normen der technisch sog. Anfechtung zu unterliegen (Pendenz, Rückwirkende Kraft), — aber nicht Aufhebung des gesammten Rechtsverhältnisses, sondern nur des Anspruchs auf die verweigerte Leistung.

Die Ausübung des Einrederechts kann innerhalb und außerhalb des Prozesses erfolgen (§§ 886, 1169, 1254). Eine etwaige Feststellungsklage geht daher auf Feststellung des Nichtbestehens der Schuld.

Die vom Gläubiger begehrte Feststellung des Anspruchs, dem ein Einrederecht entgegensteht, als eines bestehenden ist zu versagen und die Klage auf Verurtheilung als unbegründet zurückzuweisen, 12. Voraussetzung ist aber, daß der Schuldner sein Einrederecht ausgeübt hat.

Besondere Fälle: § 343 I, § 821, Anfechtungsrecht (s. zu § 143), Aufrechnungsrecht (zu § 387), Rücktrittsrecht (zu §§ 346 ff.).

c) Weiter Crome, Syst. I 182 ff., insbes. 185/187. Einrede im Sinne des BGB. ist ein materieller Rechtsbegriff. Die Einrede richtet sich gegen den Anspruch; und wie der Anspruch nur als ein existirender in Betracht kommt, so handelt es sich auch bei der Einrede nicht bloß um ein behauptetes, sondern um ein wirklich existirendes Recht: ein Gegenrecht gegen den Anspruch. Die Einreden zerfallen in ausschließende und aufschiebende, je nachdem der Anspruch dauernd oder nur vorübergehend gehemmt wird. Eine Zusammenstellung der letzteren findet sich in § 202 Abs. 2 BGB., hinsichtlich der ersteren dagegen nicht. Unter den zahlreichen ausschließenden Einreden §§ 222, 478, 490 Abs. 3, 821, 853, 1973, 1989, 1990—1992 u. A.) ist die allgemeine Doluseinrede von besonderer Wichtigkeit, deren Fortbestand unter der Herrschaft des BGB. durchaus anzuerkennen ist.

§ 203. 1. Die §§ 203, 206, 207 sind nur in einzelnen Fällen (vgl. z. B. §§ 1002 Abs. 2, 1339 Abs. 3, 1571 Abs. 4) auch auf Ausschlußfristen für anwendbar erklärt, und zwar aus Gründen der Billigkeit. Für diejenigen Präklusivfristen, für welche sie nicht ausdrücklich als anwendbar vom Gesetz erachtet worden sind, sind die §§ 203, 206, 207 auch nicht anwendbar. **RG.** v. 9. 5. 01 a. a. O. (s. o. zu § 194 Ziff. 3). Vgl. zum Fall des § 1571 Abs. 4 auch **RG.** v. 25. 6. 00 **46** 156, JW. **00** 636, Beil. 22.

2. Der Begriff der höheren Gewalt darf hier nicht im sog. subjektiven Sinne gefaßt werden, wonach höhere Gewalt das ist, was unter Anwendung der peinlichsten Sorgfalt nicht vermieden werden kann. Der Begriff der höheren Gewalt ist im BGB. ein einheitlicher, er muß bei § 701 als der sedes materiae entwickelt werden, und im § 701 ist er nicht rein subjektiv gefaßt. Knauer, Höh. Gewalt i. Reichsr. 86 ff.

Wendt, AcivPr. **92** 59, mit Hölder und Zitelmann. Höhere Gewalt ist eine dem gewöhnlichen, daher niederen Zufall gegenüber besondere Art des Zufalls, ein Zufall, der in höherem Grade unabwendbar ist als andere Zufälle, die höhere Gewalt ein höherer Grad der Gewalt oder die größere Schwierigkeit, ihr zu entgehen.

§ 204. 1. Diese Vorschrift gilt auch für die Verjährung der Klagen der Innungen, Handwerkskammern, Berufsgenossenschaften, Krankenkassen und Versicherungsanstalten gegen ihre Vorsteher. Friedrichs, Prozeßpraxis 243, 247.

2. Auf die Hemmung kann der Gläubiger sich auch bei nichtigen und anfechtbaren Ehen berufen, solange sie nicht für nichtig erklärt sind. Die Hemmung

tritt ohne Rücksicht auf das Bestehen oder Ruhen der elterlichen Gewalt ein. Goldmann-Lilienthal 417.

3. Der Aussteueranspruch der Tochter gegen die Eltern beginnt, auch wenn sie im minderjährigen Alter heirathet, bereits mit Eingehung der Ehe zu verjähren. Süßheim, Die Aussteuer der Tochter nach dem BGB. Vgl. auch o. zu § 198 Ziff. 3.

§ 206. 1. Die Anwendbarkeit der Sonderbestimmung des § 206 wird durch die Bestellung eines Bevollmächtigten seitens des gesetzlichen Vertreters nicht aufgehoben, ebensowenig ist aber auch eine thatsächliche oder rechtliche Verhinderung des gesetzlichen Vertreters geeignet, sie zu begründen. Auch wenn der Vertreter geschäftsunfähig wird, greifen die regelmäßigen Verjährungsregeln Platz, da das Gesetz ein Anderes nicht bestimmt. Schroeder-Mugdan, Deutsches Vormundschaftsr. 391.

Voraussetzung für die Anwendung des § 206 ist, daß die Person ohne gesetzlichen Vertreter ist. Gleichgültig ist es, ob etwa trotz des Fehlens desselben im einzelnen Fall die erforderliche Vertretung vorhanden war oder ob es umgekehrt trotz Vorhandenseins des gesetzlichen Vertreters im einzelnen Falle an der erforderlichen Vertretung fehlte. Goldmann-Lilienthal 436.

2. Ueber die Fortdauer der Verjährung im Falle des Todes des Präskribenten s. Binder, Rechtsstellung der Erben 44 ff.

3. Ueber **RG.** v. 9. 5. 01 s. o. zu § 194 Ziff. 3.

§ 208. Der für den Gläubiger eines Sparkassenkapitals hinsichtlich seines in fremder Hand sich befindenden Sparkassenbuchs begründete Eigenthumsanspruch ist unverjährbar. — In den Fällen z. B., wo der Besitzer des Buches wiederholt Zinsen oder Theilzahlungen auf das Kapital erhoben hat und der Gläubiger der Sparkasse bezw. Eigenthümer des Buches diese Leistungen so gegen sich gelten lassen muß, als ob sie an ihn selbst erfolgt wären, muß auch die Sparkasse die in der Bewirkung der Zins- und Theilzahlungen gelegene Anerkennung, obschon sie thatsächlich einem Unberechtigten gegenüber stattgefunden hat, als dem Berechtigten gegenüber erfolgt und somit auch die hieran sich knüpfende Verjährung aus § 208 gegen sich gelten lassen. Strohal, R. **01** 160.

§ 209. 1. Wird nur ein Theil eines Anspruchs geltend gemacht, z. B. nur ein Theilbetrag einer größeren Forderung eingeklagt, so kommt es für die Frage, ob durch die theilweise Ausübung der ganze Anspruch erhalten wird, lediglich darauf an, ob nach der Absicht und den konkreten Umständen diese Geltendmachung eine Bethätigung des ganzen Anspruchs enthält oder nicht (**RG. 34** 263, **39** 220); der bloße Vorbehalt in einer Klage, demnächst weitere Ansprüche erheben zu wollen, reicht hiernach nicht aus. Bendix, Privatr. 206.

Die Unterbrechung tritt nur insoweit ein, als die Klagerhebung erfolgt. Die Klagerhebung in Ansehung eines Theils des Anspruchs unterbricht die Verjährung des ganzen Anspruchs nicht. Goldmann-Lilienthal 321.

2. Die im § 209 aufgeführten Arten der gerichtlichen Geltendmachung müssen auch für den Begriff „gerichtlich geltendmachen" im Fall des § 561 Abs. 2 genügen, soweit sie hier der Natur der Sache nach überhaupt anwendbar sind. Grünebaum R. **02** 34.

§ 211. 1. Ein Stillstand, der durch die Unthätigkeit des Gerichts verursacht wird, hat die Beendigung der Unterbrechung nicht zur Folge, und zwar auch dann nicht, wenn die Parteien es unterlassen, durch Stellung von Anträgen das Gericht zur Fortsetzung des Verfahrens zu veranlassen. Goldmann-Lilienthal 422 Anm. 3.

2. Die Vornahme von Prozeßhandlungen, welche an sich nicht geeignet sind, die rechtskräftige Entscheidung des Prozesses herbeizuführen, z. B. Zustellung eines

vorbereitenden Schriftsatzes, der keine Ladung enthält, bedeutet keinen Betrieb des Prozesses im Sinne des § 211 Abs. 2. Goldmann-Lilienthal 424.

§ 212. Wird im Falle des § 477 ein Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme aus formellen Gründen abgewiesen, so bedarf es — trotz des Abs. 1 — nach § 212 Abs. 2 keines erneuten Antrags, sondern es genügt die Anstellung der Klage, um die bestimmte Wirkung herbeizuführen. Denn es ist kein Grund erfindlich, dem stärkeren prozessualischen Hülfsmittel eine geringere Bedeutung beizumessen, als dem minderen auf bloße gerichtliche Beweisaufnahme. OLG. **3** 10 (Hamburg).

§ 214. Die Unterbrechung ist eine Wirkung der konkursmäßigen Rechtsverfolgung, nicht der Konkurseröffnung als solcher. In Folge der Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses werden aber nur die ipso iure mit der Konkurseröffnung eintretenden Rechtswirkungen rückgängig. Darum muß angenommen werden, daß auch bei Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses im Beschwerdewege (§§ 109, 116 KO.) die Unterbrechung der Verjährung als erfolgt gilt und fortdauert, bis eine den Eröffnungsbeschluß aufhebende Entscheidung die Rechtskraft erlangt hat. Jäger, KO. § 25 Anm. 20, Planck, BGB. § 214 N. 1. Anders Seuffert, Konkursprozeßrecht 254 N. 6, Fischer-Henle, BGB. § 214 N. 4.

§ 215. Die Unterbrechung hört auch auf, wenn der Beklagte die Aufrechnung fallen läßt, um die Gegenforderung anderweitig geltend zu machen. Abs. 2 ist anwendbar. — Die Verwerfung der Aufrechnungseinrede durch Zwischenurtheil hebt die Unterbrechung nicht auf, weil das Zwischenurtheil der Rechtskraft nicht fähig ist. Kohler, Buschs Z. **24** 28.

§ 220. Ist ein Anspruch vor einem Schiedsgericht oder einem besonderen Gericht, vor einem Verwaltungsgericht oder einer Verwaltungsbehörde geltend gemacht, während er vor die ordentlichen Gerichte gehört, so wird die Verjährung nicht unterbrochen. Goldmann-Lilienthal 432.

§ 222. 1. Die Konsequenzen der zu § 202 (oben) nach Betzinger dargelegten Theorie der „Antragsnormen" sind im BGB. am schärfsten bei der Verjährungsnorm gezogen, deren Wesen als Antragsnorm eben darin liegt, daß die Forderung trotz des objektiven Ablaufs der Verjährungszeit noch zu Recht besteht bis zur Geltendmachung der Verjährung. Solche Folgerungen sind:

a) „Die Vollendung der Verjährung darf nicht von Amtswegen berücksichtigt werden" (Denkschr. z. Entw. 34). Richtiger hieße es: solange nicht auch die subjektive Voraussetzung (Geltendmachung) erfüllt ist.

b) „Der einseitige Verzicht des Verpflichteten auf die Wirkung der Verjährung verleiht dem Anspruche wieder volle Kraft" (Denkschr. 34), „ohne daß es wie bei dem von Rechtswegen aufgehobenen Anspruch einer Wiederholung der Begründungsthatsachen bedarf" (Mot. I 360).

c) Möglichkeit einer Anerkennung, Sicherheitsbestellung oder Befriedigung trotz objektiven Ablaufs der Verjährungszeit: § 222 Abs. 2.

Beachtenswerth ist die Konstruktion der Verjährung als Offizialnorm (ipso iure wirksam) in §§ 901, 1028 und andererseits der Ausschluß der Verjährung in §§ 478, 479, 490, 639, 651, 821, 853.

2. Eine nach eingetretener Verjährung gezahlte preußische Stempelabgabe kann zurückgefordert werden, weil hierfür § 12 des preußischen Gesetzes vom 18. 6. 40 maßgebend ist. Danach hat die eingetretene Verjährung die Befreiung des Schuldners von der Steuerpflicht zur Folge. Vorausgesetzt wird dabei, daß Art. 9 Abs. 2 des preuß. AG.BGB. die Vorschriften des Gesetzes vom 18. 6. 40 auf sämmtliche Steuern und Stempel ausdehnt, nicht bloß auf „öffentliche Gebühren" im engeren Sinn und im Gegensatz zu Steuern und Stempeln. Keiner, PreußVerwBl. **21** 3.

3. Das nach beendeter Verjährung erklärte Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß unterliegt dem Formzwang der §§ 780 ff., sofern nicht § 782 oder §§ 350 ff. HGB. eingreifen. Der Umstand, daß § 222 Abs. 2 Satz 2 keine Form vorschreibt, ist bedeutungslos, er dient nur zur Beseitigung von Zweifeln und ergiebt sich von selbst aus dem vorangehenden Satz verbunden mit §§ 812, 814. Der § 222 Abs. 2 schließt die Rückforderung aus, die nach §§ 812, 814 zulässig wäre, wenn der Schuldner die Verjährung nicht kannte. Liegt aber kein gültiges Anerkenntniß vor, so ist für die Kondiktion (§ 812) und für die Ausnahmebestimmungen (§§ 814, 222) überhaupt kein Raum, und es bleibt bei der Regel, daß der Schuldner die Leistung verweigern darf. Ein allgemeiner Verzicht auf sämmtliche Einreden und konkludente Handlungen sind als formlose Schuldanerkenntnisse zu behandeln, aber ein ausdrücklicher Verzicht auf die Verjährungseinrede ist auch formlos wirksam, weil in ihm kein Schuldanerkenntniß liegt. Simon, PosMschr. **01** 69 ff.

Verjährte Ansprüche, welche vertragsmäßig anerkannt sind, unterliegen den gleichen Verjährungsgrundsätzen wie vor der Anerkennung. Josef, Gruchots Beitr. **42** 12.

Nur ein schriftliches Anerkenntniß hat gemäß § 780 die Wirkung, der bereits verjährten Forderung neue vollrechtliche Existenz zu verleihen, nicht ein formloses Anerkenntniß gemäß § 208. Dies ergiebt sich sowohl aus dem Wortlaut des Gesetzes wie ganz unzweideutig aus den Kommissionsverhandlungen für die 2. Lesung und der der Reichstagsvorlage beigegebenen Denkschrift. Rospatt, R. **00** 488, im Ergebniß, nicht aber in der Begründung, mit Scherer ebenda 398 übereinstimmend, der gleichfalls gegen Endemann mit Rehbein das formlose Anerkenntniß für genügend hält. Er hebt hervor, daß § 222 als Spezialnorm dem § 781 nicht unterfalle. § 222 verlange ein vertragsmäßiges Anerkenntniß. In dem Wort „vertragsmäßig" liege der Unterschied von § 208. Regelsberger, Jherings J. **41** 328 ff., 335 ff. führt aus: Die verjährte Forderung besteht; es kann aber ihre normale Verwirklichung vom Verpflichteten durch die Berufung auf die Verjährung gehindert werden. Ein Verzicht auf diese Befugniß kann auch in der freiwilligen Anerkennung der verjährten Schuld zum Ausdruck kommen. Er setzt aber voraus, daß er vom Verpflichteten im Bewußtsein der Verjährungsvollendung abgelegt wurde. Eine Anerkennung der verjährten Schuld, die der Verpflichtete in Unkenntniß von der vorliegenden Verjährung bethätigt hat, ist kein Verzicht. Sie ist aber dennoch nicht unwirksam, schneidet vielmehr dem Verpflichteten die Berufung auf die Verjährung ab. Dies ergiebt sich sowohl aus dem Grundgedanken der Anspruchsverjährung, die nicht den Zweck hat, dem Verpflichteten seine Schuld abzunehmen, sondern ihm nur das Mittel bieten soll, um ungefährdet die Einlassung auf einen Anspruch abzulehnen, von dessen Dasein er nichts weiß oder dessen Grundlosigkeit er wegen Länge der Zeit nicht darzuthun vermag, als auch für das BGB. aus § 222 Abs. 2, soweit er von dem wirklichen vertragsmäßigen Anerkenntniß handelt. Für die Streitfrage, ob dieses schriftlich sein müsse, ist zu beachten, daß das Schuldanerkenntniß nach § 781 ein selbständiges Forderungsrecht erzeugt, das Anerkenntniß aber, mit dem die Beseitigung der Berufung auf die Verjährung verknüpft ist, den Verpflichteten nur einer nachträglich eingetretenen Vergünstigung beraubt. Er tritt deshalb mit Rehbein für die Wirksamkeit eines formlosen Anerkenntnisses ein.

Ueber stillschweigenden Verzicht auf die Einrede der Verjährung und arglistige Herbeiführung der Verjährung s. Josef, A.bürgR. **20** 47 ff.

4. Stammler, Lehre von dem Richtigen Rechte 457/8. Das Bezahlen von verjährter Schuld ist eine Pflicht des richtigen Rechts. Die Säumigkeit des

Gläubigers tilgt die Schuld in ihrem sachlichen Bestande nicht. Deshalb besteht eine Pflicht des Vormundes, Beamten oder sonstigen Verwalters von fremdem Vermögen, die Einrede der Verjährung geltend zu machen, nicht.

Wendt, AcivPr. **92** 151. Die Einrede ist eine Klagen-Verjährung, weil nicht der Anspruch als solcher, sondern die Klagbarkeit derselben von ihr getroffen wird.

Sechster Abschnitt.

Ausübung der Rechte. Selbstvertheidigung. Selbsthülfe.

§ 226. 1. Stammler, Lehre von dem Richtigen Rechte 327 ff. tadelt die Norm als zu eng, weil sie die unrichtige Ausübung eines positiv verliehenen Rechts nur für den Fall verbiete, daß für den Berechtigten kein anderes Mittel ersichtlich ist, als die Befriedigung der Schadenfreude. Bei jedem anderen Vortheil, den der Inhaber eines Rechtes für sich haben mag, sei er noch so subjektiv bloß begründet, sei ihm eine (objektiv) auch ganz unrichtige Bethätigung dem Rechtsgenossen gegenüber gestattet. Deshalb ist die Bestimmung auch im Gebiet des bürgerlichen Landesrechts, sowie des öffentlichen Rechts nicht ohne Weiteres zur Anwendung zu bringen; es ist zu bedenken, daß sie eine positive Einschränkung ist, deren Bedeutung daher nicht weiter gehen darf, als diejenige der Satzung, welche sie technisch geformt hat. S. auch 479 und 558 ff.

2. a) Ramdohr, Gruchots Beitr. **46** 577 ff. führt aus: Als Grundregel gilt auch heute noch der Satz: qui jure suo utitur, neminem laedit; insofern bleibt also prinzipiell die Zweckbestimmung der Rechtsausübung dem freien Ermessen des Berechtigten überlassen. Aber omne jus hominum causa; der Zweck des Rechts und seine oberste Aufgabe ist Schutz menschlicher Interessen. Damit eine menschliche Einrichtung wirklich ihren Zweck erfülle, ist es nothwendig, zu verhindern, daß die durch sie gewährten Machtmittel in einer Weise ausgenutzt werden, die den Zwecken der Einrichtung selbst direkt zuwiderläuft. Darum giebt die Rechtsordnung die im subjektiven Recht liegende Machtbefugniß keineswegs zu einem völlig beliebigen Gebrauch, sondern setzt ihr gewisse Schranken, bei deren Ueberschreitung ein solches Thun aufhört, „Rechtsausübung“, rechtlich geschütztes Wollendürfen zu sein.

Rechtsmißbrauch ist jede Rechtsausübung, welche nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen. In dieser Fassung bildet der Rechtssatz eine nahe liegende Konsequenz des Rechts selbst, und gleichzeitig bildet er eine einheitliche, in sich abgeschlossene Norm mit Gültigkeit für das gesammte Privatrecht (allgemeines Chikaneverbot); unzulässig erscheint es, ihr noch eine Reihe spezieller „Chikanebestimmungen“ zur Seite zu stellen. A. A. Jacubezky, Gruchots Beitr. **40** 591 ff.

Das Rechtsmißbrauchsverbot ist nicht zu verwechseln mit der exceptio doli generalis (seu praesentis) des Pandektenrechts. Dem BGB. ist ein dieser exceptio entsprechender allgemeiner Rechtssatz fremd; man hat hier vielmehr durch andere Mittel (Betonung der Regeln über Treu und Glauben, Spezialvorschriften) geholfen. Ramdohr 599. — A. A. OLG. **5** 63 (Jena): Entstehungsgeschichte und Inhalt ergeben, daß in § 226 das Recht des exceptio doli generalis umfassend geregelt, daher auf diesem Gebiet diese Bestimmung allein maßgebend ist.

Das Chikaneverbot gilt grundsätzlich für das gesammte Privatrecht; jedes Recht im subjektiven Sinn kann mißbraucht werden. Es muß sich jedoch stets um die Ausübung eines schon erworbenen Rechts, nicht etwa nur um die Anwartschaft auf ein solches handeln.

Nicht betroffen durch § 226 wird das öffentliche Recht (Ausübung eines politischen Wahlrechts, Stellung eines Strafantrags, Erhebung von Privat= und Nebenklagen). Ebensowenig fallen Maßnahmen, welche dem Prozeßrecht als solchem angehören, darunter (Einlegung von Rechtsmitteln, Stellung von Beweis=anträgen). Die Geltendmachung von Ansprüchen kann chikanös sein. Bei Verhältnissen, die theils dem öffentlichen, theils dem Privatrecht unterliegen, wird man die Beschaffenheit der gerade in Rede stehenden Rechtsausübung zu untersuchen haben, um zu bestimmen, ob § 226 Anwendung finden kann. Chikanös ist immer nur die konkrete Ausübung, nicht aber das Recht selbst; mangelndes Interesse bildet keinen allgemeinen Beendigungsgrund der Berechtigung.

Unter Rechtsausübung fällt sämmtliches Thun oder Unterlassen, zu dessen Vornahme Jemand lediglich um deswillen als befugt erscheint, weil ein bestimmtes Recht hinter ihm steht; den Gegensatz bilden Handlungen und Unterlassungen kraft allgemeiner Willensfreiheit.

Besonders wichtig ist es, den Begriff „Ausübung eines Rechtes" einerseits abzugrenzen von den Fällen der Verletzung von Pflichten andererseits. Die Schwierigkeit entsteht namentlich im Obligationenrecht, wo die Normen über Treu und Glauben überhaupt weit mehr praktische Verwerthung finden müssen, als das Chikaneverbot.

Als Ausüber wird regelmäßig der Berechtigte selbst in Frage kommen; indessen lassen sich auch Fälle denken, in denen die Ausübung des Rechts, welche durch eine andere Person erfolgt, mit der Chikanebehauptung bekämpft wird (Uebertragung des Nießbrauchs der Ausübung nach, Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter).

Gehören zum Rechtsmißbrauch bestimmte persönliche Fähigkeiten des Ausübenden? Insoweit die Rechtsausübung im gegebenen Fall (z. B. wenn sie ein Rechtsgeschäft ist) gewisse persönliche Eigenschaften voraussetzt, wird man deren Vorhandensein zunächst feststellen müssen, ehe man des Weiteren prüft, ob jene Rechtsausübung nur den Zweck haben konnte, einem Anderen Schaden zuzufügen. Eine Thätigkeit dagegen, welcher von vornherein der Charakter der Rechtsausübung abzusprechen ist, kann auch keineswegs chikanös im Sinn des § 226 sein.

Der Prüfung des Richters unterliegt es nicht, welche „Absichten" der Berechtigte verfolgt hat, sondern es ist festzustellen, welche Zwecke der Rechtsausübung selbst innewohnten. Dies ist keine den Anforderungen des § 445 CPO. entsprechende Thatsache und kann daher nicht durch Eideszuschiebung bewiesen werden.

Ob eine Rechtsausübung „nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen", ist Sache richterlicher Beurtheilung. Diese Prüfung ist keine Beweiswürdigung, sondern eine juristische Konklusion und darum der Nachprüfung des Revisionsgerichts zugänglich.

Der Ausdruck „Schaden" wird hier in der Bedeutung gebraucht, die man allgemein mit diesem Wort im Privatrecht verbindet. Es genügt, wenn eine Rechtsausübung Schadenszwecke verfolgt; daß sie wirklich erreicht wurden, ist nicht unumgänglich nothwendig.

Chikanös ist immer nur ein bestimmtes Handeln. Die auf die Behauptung des Mißbrauchs gestützte Klage kann daher weder auf Beseitigung der Berechtigung selbst, noch auf Unterlassung der Ausübung in der Zukunft gehen. Ebensowenig kann das Rechtsmißbrauchsverbot direkt den Gegenstand einer Feststellungsklage bilden; immerhin erscheint es denkbar, daß in einem Feststellungsprozesse die Berufung auf § 226 insofern eine gewisse Rolle spielt, als ein bestimmtes früheres chikanöses Thun umgestaltend auf die Rechtsverhältnisse eingewirkt hat.

Das Rechtsmißbrauchsverbot setzt voraus erstens das Vorhandensein, zweitens die Ausschließlichkeit („nur") des Schädigungszwecks. Eine Rechtsausübung, die nur auf einen bestimmten, wirthschaftlich und rechtlich anerkennenswerthen Zweck gerichtet ist, fällt nicht unter das Chikaneverbot; dasselbe gilt ferner von solchen Maßnahmen, die zwar objektiv zwecklos sind, aber ebenfalls nicht auf Schädigungszwecke abzielen (Handeln aus irrthümlichen Vorstellungen, aus übertriebener Aengstlichkeit). Chikanös ist endlich auch nicht eine Rechtsausübung, durch die nur Zwecke verfolgt werden, die zwar moralisch verwerflich, immerhin jedoch keine Schädigungszwecke sind. — Bei Betrachtung des Erfordernisses der Ausschließlichkeit ist zu unterscheiden: Treffen sittlich, wirthschaftlich oder rechtlich anerkennenswerthe Zwecke mit dem Schädigungszweck zusammen, so schließen sie die Anwendbarkeit des § 226 aus; dagegen findet die Vorschrift Anwendung, wenn neben den Schädigungszweck noch andere Zwecke treten, die von Rechtswegen oder doch vom Standpunkt der Moral verwerflich sind.

Chikanös ist eine Rechtsausübung, wenn sie nur Schädigungszwecke „haben kann", nicht aber „hat". Dadurch ist dem Richter in seiner Prüfung ein möglichst freier Spielraum gelassen worden. Entscheidend ist der Einzelfall.

Der „Andere" muß eine bestimmte natürliche oder juristische Person sein (nicht z. B. das Publikum). Die Schädigung des Anderen kann möglicherweise darin bestehen, daß einem ihm gebührenden Recht Abbruch gethan, oder aber darin, daß in andere Lebensgüter (die nicht Rechte sind) eingegriffen wird.

Es giebt nur eine einzige unmittelbare Wirkung des chikanösen Handelns: es hört auf, Rechtsausübung zu sein und wird in Folge dessen, sowie wegen seines verwerflichen Zweckes „unzulässig". Was sich daran für weitere, mittelbare Folgen knüpfen, darüber entscheiden die nunmehr unter den Betheiligten obwaltenden besonderen Rechtsverhältnisse. — Die Chikanebehauptung ist eine Einwendung, — Behauptung eines Umstands, welcher zwar nicht das gesammte Recht des Gegners, wohl aber dessen konkrete Ausübung hindert, — keineswegs jedoch eine Einrede. Ferner giebt es keinen Chikaneanspruch (auch die Römer kannten keine besondere actio auf Grund der Chikane); die Behauptung des Mißbrauchs spielt, wenn der Benachtheiligte klagt, nur insofern eine Rolle, als sie der Vertheidigung des Gegners, er habe in Ausübung seines Rechts gehandelt, entgegentritt. Darum sind die mittelbaren Wirkungen, welche an den Rechtsmißbrauchseinwand sich knüpfen, überaus mannigfaltig: Beseitigung bzw. Abwehr der störenden oder schädigenden gegnerischen Maßnahmen; Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, falls die chikanöse Rechtsausübung in der Vornahme eines solchen bestand; Schadensersatzansprüche, und zwar sowohl konkraktliche, wie außerkontraktliche. Möglicherweise ist eine Rechtsausübung nur zum Theil mißbräuchlich (z. B. wegen der besonderen Art oder des Umfanges des Rechtsgebrauchs); in solchen Fällen beschränken sich, insoweit eine Theilung durchführbar, die Wirkungen lediglich auf diesen Theil.

Auf § 226 berufen kann sich Jeder, der ein rechtlich anerkennungswerthes Interesse an der Unzulässigkeit der Rechtsausübung hat, nicht nur diejenige Person, deren Schädigung unmittelbar bezweckt wurde. Denn das Gesetz sagt, jede mißbräuchliche Rechtsausübung sei schlechtweg, keineswegs etwa bloß dem bestimmten „Anderen" gegenüber, unzulässig. Ramdohr a. a. O.

Das Chikaneverbot deckt den Satz des römischen Rechts: „dolo facit qui petit quod redditurus est" und giebt damit den Rechtsgrund für die Einrede aus den „Aufhebungsansprüchen", insbesondere die Wandelungseinrede. Flechtheim, Gruchots Beitr. **44** 86 ff. Diesen Gedanken macht sich nunmehr auch Staffel, SächsA. **10** 671 zu eigen.

Unter die Bestimmung fallen auch zu einer Rechtsausübung erfolgte, mithin gegebenfalls unwirksame Erklärungen. Das Interesse an der Rechtsausübung muß ein anzuerkennendes und deshalb in gewissen gesetzlichen Fällen ein erhebliches sein, die Rechtsausübung auch dem Anderen nicht unverhältnißmäßige Opfer auferlegen. Monich, Willenserkl. 37, 41 f., 86.

3. Aus der Judikatur: a) Fälle, in denen § 226 nicht angewendet ist:

Wird auch die Konkurrenzklausel nicht um ihrer selbst willen, sondern deshalb ausbedungen, damit der Ausschluß des Verpflichteten von der Konkurrenz dem Berechtigten in seinem Erwerbsleben irgend einen Vortheil bringe, so ist ihre Wirksamkeit doch nicht an den besonderen Nachweis des erstrebten Vortheils gebunden. Die Erreichbarkeit des Zwecks ist nur negative Voraussetzung. Erst wenn feststeht, daß der vertraglich gewollte Schutz sein Ziel endgültig verloren hat, weil eine schätzbare Erwerbsthätigkeit des Berechtigten dauernd ausgeschlossen ist, muß auch die Geltung des gegenstandslos gewordenen Konkurrenzverbots aufhören. Der Umstand, daß der Berechtigte zur Zeit ein Geschäft der in Frage kommenden Art nicht besitzt, schließt die Möglichkeit, daß er ein solches später innerhalb der vertragsmäßigen Ausschlußzone errichten werde, nicht aus und genügt, um die Wirksamkeit der Klausel zu begründen schon deshalb, weil die Beseitigung der Konkurrenz dem Kläger nicht erst nach begonnenem Geschäft von Vortheil sein, sondern auch schon vorher seinen Entschluß und die Aussichten des neu zu gründenden Geschäfts in mannigfaltigster Weise beeinflussen kann. **RG.** v. 24. 10. 00 **47** 238, JW. **00** 826 Beil. 46, SächsA. **11** 466.

S. ferner auch **RG.** v. 18./25. 4. 01 **48** 139 ff., JW. **01** 363 ff. Beil. 105 ff., **RG.** v. 4. 6. 02 R. **02** 371 Nr. 1767, **RG.** JW. **02** Beil. 211 und 245 (ein Fall, wo § 226 verneint, § 826 aber angenommen wird).

Das Verlangen des Verpächters auf Beseitigung eines vom Pächter vertragswidrig auf einem nur als Holzlagerplatz überlassenem Platz aufgeführten massiven Hauses verstößt nicht gegen § 226. **RG.** JW. **00** 638, Beil. 24.

Die wiederholte Einklagung eines bereits früher Zuerkannten ist nicht schlechthin unzulässig; auch wenn z. B. in den Fällen der §§ 727, 325 CPO. der Weg einer neuen Klage statt der Vollstreckung des früheren Urtheils gemacht wird, um zur Zwangsversteigerung zu gelangen, ist § 226 ausgeschlossen OLG. **5** 63 (Jena) (s. o. zu Ziff. 2a Abs. 3).

Vgl. betr. eines Falls, wo der Gläubiger, um einen Druck auf den Schuldner auszuüben, nur einen Theil der Pfandsachen versteigern ließ, OLG. **4** 144 (KG.).

Vgl. auch noch BayrObLG. R. **02** 556 Nr. 562.

b) Fälle, in denen § 226 angewendet ist:

Der Anspruch eines Vermiethers darauf, daß der Miether die von ihm auf dem Miethsgrundstück aufgebaute, noch vor Ablauf des Vertrags und vor Bezahlung der letzten Miethsraten ohne Wissen des Vermiethers wieder abgebrochene Halle wieder herstelle, ist schon deswegen hinfällig, weil dem Vermiether an dem Wiederaufbau der Halle ein rechtliches Interesse fehlt; nur der Materialienwerth haftet dem Vermiether pfandrechtlich, und nur im Wege der Versteigerung auf Abbruch könnte er sich eventuell aus den Baulichkeiten befriedigen. OLG. **1** 438.

Zwangsvollstreckungsakte, insbesondere die Pfändung von Ansprüchen des Schuldners aus den §§ 850—852 CPO., sind abzulehnen, wenn die Verwerthung des Anspruchs oder des geschuldeten Gegenstands zur Befriedigung des Gläubigers nach der Natur der zu pfändenden Forderung nicht erfolgen kann oder darf. OLG. Dresden in Seuff. A. **57** 343 und Ann. des OLG. Dresd. **23** 367.

Ein Miterbe, der Schuldner einer zum Nachlaß gehörenden Forderung ist, kann während der Erbengemeinschaft nur insoweit zur Leistung angehalten werden, als ihre Bewirkung zur Befriedigung von Nachlaßverbindlichkeiten erforderlich oder sonst durch ein gerechtfertigtes Interesse der Miterben geboten ist; andernfalls liegt in dem Zahlungsbegehren eine unzulässige Chikane. So unter Berufung auf Strohal, Erbrecht 2. Aufl. § 64 S. 343 OLG. Marienw. in PosMschr. **01** 141.

Auf früher entstandene Rechtsverhältnisse ist der § 226 anwendbar, weil er im öffentlichen Interesse gegeben ist und ein höheres Sittengesetz bedeutet. OLG. **1** 438 (KG.).

§ 227. 1. Schollmeyer, Recht der Nothwehr nach dem BGB. geht von der Thatsache aus, daß die Nothwehr weder Strafe noch Ersatzpflicht nach sich zieht. Den Grund hierfür erblickt er darin, daß das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht. Daher könne auch weder von einem Erfordernisse der Proportionalität der durch den Angriff und der durch die Vertheidigung gefährdeten Rechtsgüter des Angegriffenen und des Angreifers, noch von einem Grundsatz der Subsidiarität der Nothwehr die Rede sein. — Bei Erörterung der Voraussetzungen für die Nothwehr — gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff — wird die Behauptung von Liszt's abgelehnt, daß durch § 859 jene Meinung bestätigt werde, nach welcher der gelungene Angriff schon beendigt sei, sobald nach den Bestimmungen des Strafrechts die Vollendung des Verbrechens eingetreten sei. Vielmehr vertritt Sch. die Auffassung, daß der Angriff erst mit Zufügung der beabsichtigten Beschädigung beendet sei. Die Rechtswidrigkeit wird als objektive verstanden. Sie könne sich richten gegen alle rechtlich geschützten Interessen des Angegriffenen, also sowohl gegen seine Person (Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Namenrecht ꝛc.), als gegen sein Vermögen (Eigenthum, dingliche und Forderungsrechte, Besitz). Besonders wird dabei die Frage erörtert, inwieweit der Besitz ein durch Nothwehrrecht geschütztes Gut sei. Sch. billigt auch dem mittelbaren Besitzer das Nothwehrrecht zu, namentlich dann, wenn der rechtswidrige Angriff vom unmittelbaren Besitzer selbst ausging. Denn hier genüge nicht das Selbsthülferecht aus § 229, weil dasselbe, welches übrigens nur die Rückgabeforderung des mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren schütze, nur subsidiär zustehe und zur Schadensersatzpflicht des sich selbst Helfenden führe, wenn er irrthümlich, sei es auch entschuldbarer Weise, das Vorhandensein der Selbsthülfevoraussetzungen annehme (§ 231). Andererseits folge die Versagung des Nothwehrrechts keineswegs daraus, daß dem mittelbaren Besitzer das Recht zur Gewaltanwendung gegen verbotene Eigenmacht versagt sei. Denn verbotene Eigenmacht sei nur gegen den unmittelbaren Besitzer möglich; auch decke sich der Inhalt des Nothwehrrechts nicht mit dem Inhalt des Rechtes der Gewaltanwendung gegen verbotene Eigenmacht. Denn Nothwehrhandlungen seien nur so lange gestattet, als Angriffshandlungen vorgenommen würden; die Gewalt gegen die in Besitzstörungen bestehende verbotene Eigenmacht sei aber zulässig, solange die Störung dauere, z. B. die auf dem Grundstück vom Störenden hergestellten Anlagen beständen. Uebrigens enthalte nicht jeder Angriff auf den unmittelbaren Besitz zugleich einen Angriff auf den mittelbaren, sondern nur dann, wenn der Versuch gemacht werde, die besessene Sache dem Besitz des unmittelbaren Besitzers zu entziehen oder sie zu beschädigen. Das Gleiche müsse aber gelten, wenn der unmittelbare Besitzer selbst die Sache zu beschädigen oder in einer Weise über sie zu verfügen versuche, daß er aufhöre, den Besitz des mittelbaren Besitzers zu vermitteln. — Als bei der Nothwehr betheiligte Personen kommen drei in Betracht: der Angreifer, der Angegriffene und jeder Dritte, welcher zu Gunsten des Angegriffenen interveniren will. Dieses Interventionsrecht erklärt Sch. aus dem Grundprinzip der Nothwehr, daß das Recht dem

Unrecht nicht zu weichen brauche. Denn daraus folge, daß Jedermann für das Recht Partei ergreifen dürfe. Indem nun auf die Beschaffenheit der bei der Nothwehr Betheiligten eingegangen wird, erörtert Sch. vor Allem die aktive und die passive Nothwehrfähigkeit der juristischen Personen und der Unzurechnungsfähigen. Auch die juristische Person könne Nothwehr üben, aber nicht könne gegen juristische Personen Nothwehr geübt werden. Wenn auch eine juristische Person nur durch ihre verfassungsmäßigen Vertreter das Nothwehrrecht ausüben könne, und wenn auch der Vertreter schon an sich, als Nothhelfer, das Nothwehrrecht habe, so sei es doch bei jeder Ueberschreitung des Nothwehrrechts praktisch bedeutungsvoll, ob der Vertreter proprio jure oder in seiner Eigenschaft als Vertreter der juristischen Person gehandelt habe. Denn im ersteren Fall hafte er für den Schaden, im letzteren die juristische Person. Von Nothwehr gegen juristische Personen aber könne um deswillen keine Rede sein, weil die Nothwehrhandlungen sich nur gegen den Angreifer richten dürften und die Handlungen des Vertreters der juristischen Person nicht ihre Handlungen seien, wenngleich sie unter gewissen Voraussetzungen für diese Handlungen verantwortlich sei (§ 31). — Ebenso könne von unzurechnungsfähigen, aber nicht gegen unzurechnungsfähige Personen Nothwehr geübt werden. Zwar könne auch der Unzurechnungsfähige, im Gegensatz zum Thier, objektiv rechtswidrig vorgehen. Denn das objektive Unrecht sei jeder Verstoß gegen die Rechtsordnung, welche Ge- und Verbote an die Rechtssubjekte enthalte. Aber gleichwohl müsse die passive Nothwehrfähigkeit der Unzurechnungsfähigen verneint werden. Denn einmal seien diese sonst schlechter gestellt, als die Thiere, welche keine Rechtswidrigkeit begehen könnten, weshalb gegen sie nur die durch die Erfordernisse der Proportionalität und Subsidiarität, sowie bei verschuldeter Nothstandslage durch die Schadensersatzpflicht beschränkten Nothstandshandlungen (§ 228) zulässig seien. Ferner aber sei der Grund, welcher früher zur Bejahung der Nothwehr gegen Unzurechnungsfähige gedrängt habe, der enge Nothstandsbegriff, im BGB. weggefallen. Denn in Folge der hier erfolgten Erweiterung des Nothstandsbegriffs und seit Einführung einer Schadensersatzpflicht auch des unzurechnungsfähigen Angreifers (§ 829) nöthige das Interesse des Gefährdeten nicht mehr dazu, die Nothwehr auch gegen Unzurechnungsfähige, auf deren Geisteszustand doch sonst im Recht Rücksicht genommen werde, zu gestatten. Vielmehr sei § 228 auf unzurechnungsfähige Angreifer analog anzuwenden. Dadurch allein gelange man zu billigen Resultaten und beschränke in heilsamer Weise das sonst unbegrenzte Nothwehrrecht.

2. Löffler in ZStrW. **21** 571 ff.: Der § 227 erkläre die Nothwehr ausdrücklich für nicht widerrechtlich; den Abwesenden treffe daher keine Schadensersatzpflicht (arg. a contr. aus § 228, letzter Satz); es sei also ausdrücklich die Zulässigkeit der Nothhülfe und damit schließlich der Ausschluß der Nothwehr gegen die Nothwehrhandlung bestimmt. Das Gesetz folge somit den Regeln der „Trutzwehr". Die Nothwehr stehe nicht subsidiär hinter der Flucht und dem Hülferuf; die Vertheidigung selbst brauche zur Erhaltung des Rechts nicht „erforderlich" zu sein. Auf eine Proportionalität der beiden gegen einander stehenden Rechtsgüter komme es nicht an, ebensowenig darauf, ob der Angriff von dem Angegriffenen verschuldet war, — arg. a contr. aus § 228 (§ 573).

3. „Nicht widerrechtlich" ist gleichbedeutend mit „rechtmäßig". Die Nothwehr-, Nothstands- und Selbsthülfehandlung ist Ausfluß eines subjektiven Privatrechts. Titze, Nothstandsrechte im BGB., 32 ff., 73, 99, 121.

Es giebt keine Nothwehr gegen Thiere. Titze 82 f., (a. M. Cosack, Lehrb. I 273) wohl aber gegen Unzurechnungsfähige. Titze 83 f.

Die Möglichkeit der Flucht, die Gelegenheit obrigkeitlicher Hülfe schließen das Nothwehrrecht nicht aus. Titze 86.

Die Behauptung der Nothwehr ist eine echte Einrede. Titze 93.

4. Die Vorschrift findet auch auf die Ehrennothwehr Anwendung. Diese liegt nur dann vor, wenn der sich Wehrende bei der Sachlage annehmen darf, daß ihm Beleidigungen oder weitere Beleidigungen unmittelbar bevorstehen. Die schon ausgesprochenen Beleidigungen sind außer Betracht zu lassen. Bei vorliegender Ehrennothwehr fallen alle dem sich Wehrenden nachtheiligen Rechtsfolgen seiner dem Zweck der Abwehr dienenden Handlungen oder Unterlassungen, auch wenn er zu ihnen nicht befugt war, hinweg. Im Allgemeinen ist dem in Ehrennothwehr Befindlichen nur ein passives Verhalten erlaubt. Zulässig sind stets alle Handlungen und Unterlassungen, welche dazu erforderlich sind, daß er sich zurückzieht. Nur in Ausnahmefällen darf er aktiv gegen den Beleidiger vorgehen, wenn dies nämlich durch die besonderen Umstände des Falles geboten ist. Daberkow, KGBl. **01** 77, 78.

Heyer, A.bürgR. **01** 58/59 meint, die Ehrennothwehr werde sich immer nur in sehr engen Grenzen halten können; dem Verletzten bleibe in der Regel nur die nachträgliche Beleidigungsklage.

Aus der Judikatur: Auch derjenige, der in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Vertheidigung hinausgeht, handelt widerrechtlich. Ob er aber für den durch diese widerrechtliche Handlung angerichteten Schaden haftet, richtet sich nach den §§ 823 ff., es muß ihn also bei der Ueberschreitung der Nothwehr ein Verschulden treffen. **RG.** JW. **02** Beil. 192.

Ein als Uebertretung des § 368 Nr. 10 StGB. sich charakterisirendes Verhalten muß regelmäßig, so lange diese Uebertretung dauert oder unmittelbar bevorsteht, als ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff angesehen werden, zu dessen Abwendung gleich dem Jagdberechtigten auch der von diesem mit dem Jagdschutz betraute Aufseher, mag er auch nicht Jagdpolizeibeamter sein, die erforderliche Vertheidigung nach § 227 nöthigenfalls durch Wegnahme des Gewehrs anwenden darf. **RG.** R. **02** 594 Nr. 2759.

§ 228. 1. Pretsch, Nothstandsrecht d. BGB. (Diss.) führt aus: Der Eingriff in fremdes Vermögensrecht im Nothstand ist stets rechtmäßig, ganz gleichgültig, ob dieser Eingriff durch Verschulden des Eingreifenden nothwendig wird oder nicht. Die durch die §§ 228 und 904 umschriebene Nothstandshandlung verpflichtet trotz ihres rechtmäßigen Charakters regelmäßig zum Schadensersatz.

Lediglich Eingriffe in fremdes Vermögensrecht im Nothstand werden durch die §§ 228 und 904 für rechtmäßig erklärt. Verletzungen fremder Persönlichkeitsrechte im Nothstand sind stets widerrechtlich und verpflichten gemäß § 823 als „unerlaubte Handlung" zum Schadensersatz.

Soweit die §§ 228 und 904 eine Nothstandshandlung für rechtmäßig erklären, ist sie ohne Weiteres straflos, selbst wenn sie nicht durch die §§ 52 und 54 RStGB. gedeckt wird. Die §§ 228 und 904 haben deshalb Bedeutung für folgende Paragraphen des StGB., welche eine Einwirkung auf fremde Sachgüter mit Strafe bedrohen: § 123 (Hausfriedensbruch), § 125 (Landfriedensbruch), § 242 (Diebstahl), § 246 (Unterschlagung), § 290 (furtum usus der Pfandleiher), § 303 (Sachbeschädigung), § 370 Ziff. 5 (Mundraub), § 368 Ziff. 9.

Nur gegenüber solchen Nothstandshandlungen, welche nicht durch das Nothrecht der §§ 228 und 904 gedeckt sind, die also widerrechtlich bleiben, kommt das Strafrecht in Betracht und kann für diese Fälle nach Maßgabe der §§ 52 und 54 StGB. von sich aus bestimmen, ob sie straflos bleiben sollen oder nicht.

Widersetzt sich der Eigenthümer einer gemäß §§ 228 oder 904 rechtmäßigen Einwirkung auf seine Sache, so kann er sich nicht auf Nothwehr berufen, denn gegen Nothrecht giebt es keine Nothwehr (§§ 227 BGB. und 53 StGB.); er handelt vielmehr widerrechtlich, und der Nothstandsberechtigte hat seinerseits gegen den Eigenthümer das Recht der Nothwehr gemäß § 227 Abs. 2. Eine Handlung, welche in solcher Notwehr verübt wurde, ist rechtmäßig (§ 227 Abs. 1) und deshalb straffrei.

Wer also nach den §§ 228 oder 904 zur Einwirkung auf eine fremde Sache im Nothstand berechtigt ist, hat im Fall des Widerstandes des Sacheigentümers ein weiteres Recht, auch auf die Person des Eigenthümers der fremden Sache einzuwirken, ohne dadurch ersatzpflichtig zu werden. Dies ist von weittragender Bedeutung gegenüber folgenden Paragraphen des StGB: § 211 (Mord), § 212 (Todtschlag), § 223 (Körperverletzung), § 239 (Freiheitsberaubung), § 240 (Nöthigung), § 249 (Raub), § 304 (Sachbeschädigung).

2. Löffler a. a. O. (s. o. § 227 Ziff. 2) führt aus: § 228 behandle einen Fall von Nothwehr im engeren Sinn, — entsprechend dem § 227, nur mit den drei Modifikationen (Subsidiärität, Ausschluß der Verschuldung, Proportionalität). Die Frage, ob § 228 auch auf eine Gefährdung durch ohne Willen thätig werdende Personen Anwendung finde, bejaht Verfasser, indem er den Kreis auch noch auf die schuldlos und fahrlässig angreifenden Zurechnungsfähigen ausdehnen will (576).

Die §§ 228 und 904 sind mit ihren Bestimmungen über die Disproportionalität Ausdruck des folgenden Prinzips: Wenn — außer dem Fall eines friedbrecherischen Angriffs — zwei Rechtsgüter in eine solche Kollision kommen, daß eins nur unter Opferung des anderen erhalten werden kann, und es besteht zwischen beiden ein großer Werthunterschied, dann soll das Werthvollere erhalten bleiben, kraft Nothrechts.

Im Fall des § 228 ist der von der Sache Angegriffene in Nothwehr, und sein Gegner ist im Nothstand (578).

3. Sind der Handelnde und der Gefährdete verschiedene Personen, so haftet auf Schadensersatz der erste. Dernburg 227. Titze, Nothstandsrechte 117. Cosack, Lehrb. 149².

4. Wird der Eingriff zu Gunsten eines Anderen vorgenommen, so ist, wenn der Schaden wirklich abgewendet wurde, dieser Andere, wenn dieses Ziel nicht erreicht ist, der Thäter schadensersatzpflichtig. Maenner 118.

Verbietet der Eigenthümer den Eingriff, so haftet er auf Schadensersatz; der Gefährdete darf aber das Verbot nicht unbeachtet lassen und den Eingriff eigenmächtig vornehmen. Cosack 149⁵.

5. Nach Dernburg (Sachenr.) ist § 904 nur anwendbar, wo sittliche Pflicht die Hülfe in der Noth gebietet. 226.

§ 229. §§ 229 ff. statuiren kein Pfändungs-, sondern nur ein Besitzergreifungsrecht, das erst noch der richterlichen Sanktion durch Arrestlegung bedarf. Mannhardt, R. **00** 297 (wider Scherer).

Ueber Selbsthülfe der Dienstherrschaft durch Durchsuchung der Behältnisse des diebstahlsverdächtigen Gesindes s. Nußbaum, Preuß. Gesindeordn. Anm. 2 zu § 121.

Heyer, Selbsthülfe im AbürgR. **19** 38 ff., insbes. 57—66 führt aus: Die S. ist eine Form der Rechtsdurchsetzung. Diese steht im Gegensatz zur Rechtsausübung. — Der Rechtsanspruch (erstes Erforderniß) muß ein privatrechtlicher sein; gegen den Staat in seiner öffentlichrechtlichen Funktion ist Selbsthülfe unzulässig. Bei den allgemeinen Menschenrechten (Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre, — über diese s. o. zu § 227 Ziff. 3) berechtigt die Gefähr-

dung stets zu den Rechtsbehelfen des Nothstands oder der Nothwehr; im übrigen aber sind die privatrechtlichen Ansprüche, aus denen S. zulässig ist, nicht beschränkt; nur muß der Anspruch klagbar sein; daß er fällig ist, ist nicht nothwendig, ebensowenig Vorleistung des Gläubigers. Auch braucht kein rechtskräftiges Urtheil vorzuliegen; sogar rechtskräftig abgewiesene Ansprüche können durch S. gesichert werden, falls der Gläubiger mit einigem Grund annehmen darf, mittelst Wiederaufnahme des Verfahrens ein ihm günstiges Urtheil erstreiten zu können. — Ob die Gefahr (zweites Erforderniß), die durch die verschiedensten Thatsachen begründet sein kann (Beispiele 60), vom Schuldner verschuldet, oder zufällig entstanden oder dem Gläubiger selbst zuzuschreiben ist, ist gleichgültig. Eine Gefahr liegt aber nicht vor bei Sicherheitsleistung des Schuldners durch Hinterlegung, wenn Gläubiger im Besitz eines genügenden Pfandes oder sonstigen Exekutionsgegenstandes ist oder einen sicheren Bürgen hat. — Zu dem Schaden gehört auch die drohende Vereitelung oder wesentliche Erschwerung des Beweises; man darf also auch Urkunden und sonstige Beweismittel im Wege der S. wegnehmen. Die Erschwerung muß wesentlich sein. — Obrigkeitliche Hülfe (drittes Erforderniß): Verweigert das Gericht, wenn auch unrechtmäßig den Erlaß eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung, so ist, falls sich die thatsächlichen Verhältnisse inzwischen nicht geändert haben, die S. unrechtmäßig, da sie den Arrest nur vorbereiten soll. So auch Titze 123 A. 12.

Das Selbsthülfeverfahren bildet eine Vollstreckung durch den Gläubiger selbst, statt durch die staatlichen Vollstreckungsorgane; es könnte somit auch eine Ergänzung des 8. Buches der CPO. bilden. Es ist jedoch schon hier zu bemerken: a) die S. im BGB. ist im Gegensatz zu der Zwangsvollstreckung und den alten Selbsthülfearten formlos; b) die Aufzählung der zulässigen Selbsthülfehandlungen (Wegnahme, Zerstörung u. s. w.) ist nicht vollständig, da das allgemeine Prinzip der S. ihrem Zweck entspricht: dem der Ausübung des Rechts entgegenstehenden Willen des Schuldners gegenüber das Recht durchzusetzen. Dies kann dadurch geschehen, daß der Wille des Schuldners mit Gewalt gebrochen oder durch Drohung oder List beeinflußt oder auch durch heimliche Wegnahme umgangen wird. Nicht alle diese Mittel sind aber Arten der rechtmäßigen S. Vielmehr folgt aus ihrer Natur als einer privaten Zwangsvollstreckung, daß der betreffende Private nicht weiter gehen darf, als die staatlichen Vollstreckungsorgane bei der Zwangsvollstreckung. Die S. ersetzt jedoch nur die unmittelbare Exekutive des Gerichtsvollziehers, nicht etwa die Thätigkeit des Vollstreckungsgerichts. — Von diesen Gesichtspunkten aus sind unerlaubt List, Gewalt, Drohung und Heimlichkeit, soweit auch der Gerichtsvollzieher diese Mittel nicht anwenden darf. — Da schließlich die S. niemals ein Staatsakt ist, so kann durch sie niemals ein Recht entstehen, zu dessen Entstehung eines der drei Erfordernisse (Staatsakt, Vertrag, einseitige Handlung des Schuldners) gehört, z. B. niemals ein Pfandrecht. Dagegen entsteht durch sie ein Recht, wenn zu seiner Begründung nur eine einseitige Handlung des Gläubigers (z. B. bei der Okkupation) erforderlich ist. — Nach diesem Prinzip ist auch zu beurtheilen, ob und welche gerichtlichen Schritte nach erfolgter S. zu ergreifen sind. Es bedarf ihrer nur dann, wenn durch die S. ein unfertiger, der Lösung bedürftiger, mit dem materiellen Recht nicht übereinstimmender Zustand geschaffen wird. (Beispiele s. 65.) — Da die S. nur dazu dient, die Klage vorzubereiten oder zu ersetzen, so darf sich der Gläubiger das Ziel nicht anders stecken, als er es auf dem Klageweg erreichen könnte. (Beispiele s. 66.)

§ 231. Die die Haftung für unerlaubte Handlungen ausschließenden subjektiven Eigenschaften (§§ 827 ff.) schließen auch die Haftung aus § 231 aus. Neumann in der Festgabe für Wilke 216.

Das durch materiell-rechtliche Sicherheitsleistung dem Berechtigten erworbene Pfandrecht ist ein gesetzliches Pfandrecht. Mannhardt, R. **00** 297.

Siebenter Abschnitt.

Sicherheitsleistung.

§ 233. Das Recht ist ein gesetzliches Pfandrecht. Steht auch der Wortlaut an sich der Annahme nicht entgegen, daß auch fremdes, dem Hinterleger nicht gehöriges Geld oder Effekten dem Pfandrecht unterworfen werden, so denkt doch das Gesetz gewiß an diese Möglichkeit, sondern verläßt sich auf die allgemeine Regel unbeschränkter Vindikabilität fremder Sachen seitens des Eigenthümers (§ 903). Mannhardt, R. **00** 297.

§ 240. Ein Anspruch auf Ergänzung der geleisteten oder Leistung einer anderweitigen Sicherheit besteht, wenn die geleistete Sicherheit nach ihrer Bestellung unter das gebotene Mindestmaß hinabsinkt, diese Unzulänglichkeit aber auch nicht auf einem Verschulden des Berechtigten, z. B. auf einer mangelhaften Aufbewahrung der ihm verpfändeten beweglichen Sache, beruht. Der Verpflichtete wird durch den Beweis eines solchen Verschuldens den Anspruch des Berechtigten beseitigen; zur Begründung desselben gehört es nicht, daß der Mangel des Verschuldens dargethan wird. Bendix, Privatr. 34.

Anhang zum Allgemeinen Theile: Beweislast.

Ueber die Normen und Prinzipien der Beweislastvertheilung sind, seitdem die II. Kommission die prinzipielle Regelung derselben in den §§ 193—198 des E. I als überwiegend doktrinären Inhalts gestrichen hat, eine bunte Reihe von Ansichten und Theorien zu Tage getreten.

1. Wach, Beweislast, Dekanatsprogramm 1901, hebt aus den im Gesetzbuche hier und da verstreuten direkten Beweislastvorschriften als grundlegendes Prinzip den Satz heraus, daß der Kläger die Entstehung seines Anspruchs, der Beklagte irgend welche Hinderungs-, Vernichtungs-, Hemmungsgründe darzuthun habe 2c., und will im Uebrigen im Wege der Analogie zum Ziele gelangen. Dagegen Cüppers, Beitr. zur Lehre von der Beweislast 13, 51.

2. Planck, Komm. I 44 ff. behauptet, abgesehen von den ausdrücklichen Beweislastvorschriften, sei die Beweislastvertheilung durch die grammatische Satzbildung der Paragraphen des BGB. gesetzlich geregelt. So treffe insbesondere für mit „wenn nicht", „insofern nicht", „es sei denn, daß" u. ä. eingeleitete Sätze den Beklagten die Beweislast, während Sätze mit „wenn . . . nicht" 2c. noch zu dem vom Kläger zu beweisenden Klagegrunde gehören. Zustimmend Küntzel, Gruchots Beitr. **40** 357; Beckh, Beweislast nach dem BGB. 47 ff.; Düringer-Hachenburg, HGB. II. **1** 189 ff. Aehnlich Zitelmann, BGB. I 25 ff. A. A. Wach, a. a. O. 23 ff.; Eck, Vortr. I 35 f.; Crome, System I 562 Note 24 a. E.; Cüppers, a. a. O. 51 ff.

3. Endemann I 478 ff. kulminirt in dem Satze, „daß alle Rechtsverhältnisse um des einmal hergestellten äußeren Thatbestandes willen so lange als wirksam anerkannt werden, bis der Angreifende oder wer sonst sich ihrer Wirksamkeit entziehen will, einen zerstörenden inneren Mangel nachgewiesen hat" (497). Er geht damit auf eine schon von Langenbeck, Beweisführung in bürg. Rechtsstreitigkeiten (1858) und Burckhard, Die civilistischen Präsumtionen (1866) vertretene Theorie zurück. A. A. Cüppers, a. a. O. 75 f., 46 ff.

4. Cüppers, a. a. O. bestreitet das Vorhandensein einer — ausdrücklichen wie stillschweigenden — positiv gesetzlichen Regelung der Beweislast im BGB.

und weist die grundlegenden Sätze der Beweislastvertheilung als ungeschriebenes, als Reichsgewohnheitsrecht nach. Aus den so festgestellten Rechtsvorschriften leitet er dann, zur Entscheidung von Einzelfällen, das wissenschaftliche Prinzip her, daß der Kläger nur diejenigen rechtserzeugenden Thatsachen beweisen müsse, die für das entstandene Recht die eigenthümlichen, spezifischen Voraussetzungen sind, nicht diejenigen, die normaler Weise bei allen Rechtsgeschäften gleichmäßig vorhanden sind. Anomalien stehen zum Beweise des Gegners.

5. a) Rosenberg, Beweislast nach der CPO. und nach dem BGB. und Kreß, Zur Lehre von der Beweislast, sichten und gruppiren — nach dem Vorgange Betzingers, Beweislast — die sämmtlichen Civilrechtsnormen in Grund- und Gegennormen (zu beiden Kategorien noch Ergänzungs- und Nebennormen), und bürden den Beweis für jene dem Kläger, für diese dem Beklagten auf. Der Kreis der Thatsachen, die die Berufung auf eine Grundnorm rechtfertigen, ist für sie der Inbegriff derjenigen Thatbestandsmerkmale, welche im Prozesse festgestellt sein müssen, damit das Klagebegehren unter irgend eine civilrechtliche Norm subsumirt und als individueller Anspruch zuerkannt werden kann. Alles Andere gehört zur Kategorie der Gegennormen. In der Fassung der einzelnen Civilrechtsnormen sehen sie also die „Erkennungsschranke“ für den Klagegrund, Einredegrund ꝛc., und wenden diese Formel auf das BGB. an. Dagegen Cüppers, a. a. O. 15 ff., 56 ff., der sich insbesondere dagegen wendet, daß man die Beweislastregeln von der mehr oder minder klaren Fassung der Einzelnorm abhängig macht und darauf hinweist, daß Rosenbergs und Kreß' System bei gewohnheitsrechtlichen Normen ganz versagt.

b) Rosenberg führt insbesondere aus: Die herrschende Lehre von der Vertheilung der Beweislast geht davon aus, daß der Kläger, da er ein einmal entstandenes und noch bestehendes Recht geltend macht, die Verurtheilung des Beklagten nur erreichen kann, wenn feststeht: Das Vorhandensein aller Voraussetzungen der Entstehung des Rechtes und die Abwesenheit aller Momente, die das Recht in seiner Entstehung gehindert oder nach seiner Entstehung vernichtet haben. Eine angemessene Vertheilung der Beweislast unter den Kläger und den Beklagten ist nur der ausgleichenden Gerechtigkeit zuzuschreiben. Das Begehren einer jeden Partei im Prozesse stützt sich auf einen oder mehrere Rechtssätze. Auch der Kläger verlangt nicht die Anerkennung, daß ihm ein wirklich entstandenes und noch bestehendes Recht zusteht, sondern sein Anspruch geht nur dahin, daß das Gericht feststelle, die Wirkung des einzelnen Rechtssatzes, der ihm seine Forderung gegen den Beklagten giebt, sei eingetreten. Denn es ist nur ein Bild unserer Phantasie, eine Vorstellung unserer Gedanken, wenn wir davon sprechen, daß das Recht — gleich einem lebenden Wesen — entstehe, sich verändere, untergehe u. s. w. Wir müssen vielmehr davon ausgehen und daran festhalten, daß die Entstehung eines Rechtes, sowie jede Einwirkung auf seinen Bestand die Folge eines besonderen Rechtssatzes ist. Das objektive Recht knüpft aber seine Wirkungen an einen wirklichen, nicht bloß an einen vorgestellten Thatbestand. Deshalb ist auch die Anwendung eines Rechtssatzes auf den konkreten Thatbestand, d. h. die Feststellung, daß die abstrakte Rechtswirkung konkrete Wirklichkeit geworden ist, nur möglich, wenn die Voraussetzungen dieser Rechtsnorm gegeben sind. Wenn nun das Fehlen einer Voraussetzung festgestellt ist oder auch nur Zweifel an ihrem Vorhandensein bestehen, so entsteht die Frage: wen trifft der Nachtheil davon? Auskunft über diese wichtige Frage giebt uns die Lehre von der Feststellungs- und Beweislast. Der Kern und die praktische Bedeutung dieser Lehre besteht darin, daß, wenn eine Behauptung ungewiß bleibt, diejenige Partei den Schaden hat, welche die Feststellungslast hinsichtlich dieser Behauptung hat. Diese Partei trägt die Gefahr, im Prozesse zu unterliegen, wenn ein

Thatumstand, der zum Thatbestande der ihr günstigen Norm gehört, nicht festgestellt werden kann, — daher Feststellungslast —, ist es ihre Aufgabe, durch eigene Thätigkeit, nämlich durch Beweiserbringung, diese Gefahr abzuwenden, so trifft sie die Beweislast. Für die Erfassung des Problems wesentlich und für die Einzelentscheidung wichtig und werthvoll ist die richtige Fragestellung; sie läßt zugleich erkennen, daß die Bedeutung unserer Lehre, die sich im Prozesse beim Urtheile, beim Beweisbeschlusse, beim zugeschobenen und beim richterlichen Eide zeigt, weder durch die Einführung der freien Beweiswürdigung, noch durch die Abschaffung des gemeinrechtlichen Beweisinterlokuts gemindert worden ist.

c) Bei der Untersuchung der Grundlagen der Beweislastvertheilung unterscheidet R. abweichend von der herrschenden Meinung Offizial- und Dispositionsmaxime als Grundsätze, welche das Recht im Prozesse betreffen, Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime, die die Stoffsammlung zum Gegenstande haben, und endlich Untersuchungs- und Verhandlungsform, die dem Verfahren die Form der Inquisition oder des Rechtsstreits geben. R. verwirft die Verhandlungsmaxime als Grundlage der Vertheilung der Beweislast, da sie nur erklärt, warum die Parteien überhaupt im Civilprozesse den Beweis für ihre Behauptungen zu erbringen haben, aber keinen Anhalt für die Frage giebt, welche von beiden Parteien den Schaden zu tragen hat, wenn die Wahrheit einer Behauptung unerwiesen bleibt. Für die Lösung dieser Frage, die auch in einem Verfahren mit Untersuchungsmaxime Antwort heischt, ist es ohne Einfluß, ob das Gericht spontan die Wahrheit einer Behauptung zu erforschen hat oder ob die Parteien dem Gerichte den Beweis dafür zu erbringen haben. R. sieht vielmehr die Art der Anwendung des objektiven Rechtes auf den konkreten Thatbestand als Grund der Beweislastvertheilung an. So ergeben sich ihm folgende drei Sätze, die den Umfang der Behauptungs- und Beweisthätigkeit der Parteien im Prozesse bestimmen:

α. Da der Richter einen Rechtssatz nur dann anwenden darf, wenn der diesem Rechtssatze zu Grunde liegende Thatbestand in concreto vollständig festgestellt ist, so trifft, wenn eine Voraussetzung dieser Norm nicht hat dargethan werden können, in jedem Prozesse der Nachtheil davon diejenige Partei, welche die Wirkung dieses Rechtssatzes für sich in Anspruch nimmt.

β. In einem Verfahren mit Verhandlungsmaxime haben die Parteien dem Richter diejenigen Thatsachen zu unterbreiten und nöthigenfalls auch zu beweisen, von denen sie wollen, daß sie im Urtheile berücksichtigt werden. Diese Thätigkeit vertheilt sich so unter den Angreifer und den Angegriffenen, daß jeder die Thatsachen, welche zu seinen Gunsten sprechen, — das sind die Voraussetzungen des Rechtssatzes, dessen Rechtswirkung er geltend macht —, zu behaupten und zu beweisen hat.

γ. Aber auch wenn das Gericht von sich aus die Wahrheit des den Gegenstand eines Prozesses bildenden Rechtsverhältnisses zu erforschen hat (Untersuchungsmaxime), sollen die Parteien, vorausgesetzt, daß das Verfahren in der Verhandlungsform aufgebaut ist, diejenigen Thatsachen, deren Feststellung in ihrem Interesse liegt, dem Gerichte zu beweisen suchen, wenn auch das Gericht an ihre Thätigkeit nicht gebunden ist. Diesen drei Sätzen entsprechen die von R. aufgestellten Begriffe der Feststellungslast, der rechtlichen Beweislast und der faktischen Beweislast. Das Wesen der Feststellungslast besteht darin, daß der Richter von dem Vorhandensein der Voraussetzungen der Norm, deren Anwendung in Frage steht, positiv überzeugt sein muß; diese Last trifft den, der die Wirkung der Norm geltend macht. Unter rechtlicher Beweislast versteht R. die Aufgabe der Parteien, durch eigene Thätigkeit dem Gerichte den Beweis von der Wahrheit derjenigen That-

sachen zu erbringen, welche zu ihrer Feststellungslast stehen. Und endlich die thatsächliche Beweislast findet sich in einem Verfahren mit Verhandlungsform, wo das eigene Interesse die Parteien veranlaßt, dem Gerichte die Beweismittel vorzuführen, während dieses die oberste Entscheidung über den Umfang der Beweisaufnahme hat. Die Brücke zwischen der Feststellungs- und Beweislast bildet die Behauptungslast, da eine Thatsache nur dann zum Beweise gestellt werden kann, wenn sie in den Prozeß eingeführt ist. Das Verhältniß aller dieser Begriffe faßt R. in dem Satze zusammen: Behaupten muß eine Partei diejenigen Thatsachen, die den Thatbestand des ihr günstigen Rechtssatzes bilden, die also zu ihrer Feststellungslast stehen, und beweisen muß sie die behaupteten Thatsachen, sofern sie bestritten sind.

d) Bei dem Satze, daß jede Partei die Voraussetzungen des Rechtssatzes zu behaupten und zu beweisen hat, dessen Wirkung sie in Anspruch nimmt, kann von einer Vertheilung der Behauptungs- und Beweislast nur die Rede sein, wenn die Rechtssätze in ihrer Bewerthung und Wirkung verschieden sind. Und in der That unterscheidet R. rechtsbegründende, rechtshindernde und rechtsvernichtende Normen. Die Voraussetzungen der ersten Gruppe muß der Kläger, die der zweiten und der dritten Gruppe der Beklagte beweisen. Die Abgrenzung der rechtsbegründenden Normen von den rechtsvernichtenden ist nicht schwierig, da die Aufhebung einer Rechtswirkung stets die Folge eines besonderen, leicht als solchen zu erkennenden Rechtssatzes ist. Das Verhältniß der rechtsbegründenden Normen zu den rechtshindernden, deren Unterscheidung stets große Schwierigkeiten bietet, findet R. in dem Verhältnisse der Regel zur Ausnahme. Dies wird insbesondere an den Dispositivvorschriften und den Auslegungsregeln gezeigt. Die weitere Durchführung seiner Theorie führt R. zu dem Satze, daß, sobald in einem Rechtsstreite der Eintritt oder Nichteintritt einer Rechtswirkung in Frage steht, der Eintritt dieser Wirkung Gegenstand der Feststellung ist, und daß die Parteirolle auf die dadurch gegebene Vertheilung der Beweislast keinen Einfluß ausübt, so namentlich bei dem Vertrage, der Erfüllung, der Vertretung, der Bedingung, dem Irrthume. Die Beseitigung einer ganzen Anzahl von Streitfragen, nicht zum Wenigsten der so oft behaupteten Vermuthung der Fortdauer, verspricht sich R. von einer scharfen Trennung der Beweislast und Beweiswürdigung. Diese hat keine „Verschiebung" oder „Umkehrung" der Beweislastvertheilung zur Folge. Da die Anwendung der Rechtsvermuthungen wie die Anwendung aller Rechtssätze von dem Vorhandensein ihrer Voraussetzungen abhängt, so bewirken sie keine Ausnahme von den gefundenen Grundsätzen. Nur wenn man das Recht als Ganzes ins Auge faßt, bewirken sie eine Beweiserleichterung.

Zweites Buch.
Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt.
Inhalt der Schuldverhältnisse.

Erster Titel.
Verpflichtung zur Leistung.

§ 241. 1. Vermögensinteresse gehört nach Kohler, A.bürgR. **12** 1 ff. nicht zum Wesen der Obligation. (Altruistische Vertr. 27—41. Affektionsinteresse 41.)

Dem rechtlichen Zwange unterliegen indeß nicht die dem Gebiete der Religion, der Liebe, des Anstandes anhörigen Verhältnisse (21).

Ein erhebliches Anzeichen für die Unterwerfung unter den Rechtszwang ist die Geschäftsmäßigkeit der Angelegenheit. Symptome für die Geschäftsmäßigkeit sind: Bezahltheit, Berufsmäßigkeit, bestimmte präzise Form der Verpflichtung, Mangel näherer persönlicher Beziehungen zwischen den Betheiligten.

Ebenso Stammler: Daraus, daß das BGB. die Beschränkung der Obligationen auf geldeswerthe Leistungen nicht ausspricht, erhellt als sein Sinn und Inhalt, daß innerhalb der Grenzen der Vertragsfreiheit alle ernstlich gemeinten Schuldverhältnisse rechtlich möglich seien. Stammler, Recht der Schuldverh. in seinen allg. Lehren 4. Ebenso Kuhlenbeck, JW. **97** 631 ff.

Dagegen Hellwig in seiner Prorektoratsrede vom 4. 11. 1895: „Ueber die Grenzen der Vertragsmöglichkeit", A.civP. **86** 223/248, — in „Verträge" 55 ff. und in „Rechtskraft" 311; er stellt die Frage dahin, inwieweit durch den Willen der Parteien eine Rechtsverpflichtung in das Leben gerufen werden kann, — und antwortet, die zugesagte Leistung müsse objektiv, ihrer Natur nach, eine Beziehung auf das Vermögen besitzen, und müsse weiter gerade für den Gläubiger von pekuniärem Belang sein, so daß ihr Ausbleiben auf die Gestaltung seiner vermögensrechtlichen, seiner ökonomischen Verhältnisse einen Einfluß ausübt; für das Vermögensinteresse komme nicht nur das „vermögensproduktive", sondern auch das „vermögenskonsumtive" Element in Betracht; diese Auffassung, — welche sich von dem Prinzipe Kohler's, der Geschäftsmäßigkeit, wohl nur in der Formulirung unterscheide, — sei gegen die Motive II 5 und gegen die II. Kommission, Prot. I 281 (wo ein „schutzwürdiges Interesse" erfordert wird, so auch Ebbecke, Grundsätze 1), festzuhalten und werde bestätigt durch BGB. §§ 1922, 1939, 1940, 516, 253, sowie durch die civilprozessuale Unterscheidung der vermögensrechtlichen und nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten.

Mit Hellwig stimmen überein: Oertmann im Komm. 4 f. und A.bürgR. **12** 280; Endemann I 470 f.; dagegen erachten das Erforderniß des Vermögenswerths als beseitigt: Planck II 5 f.; Windscheid=Kipp II 9; Schollmeyer 3; Neumann I 129; Fischer=Henle 129; Rehbein II 11 f.; Leonhard, Allg. Th. 153 (unterscheidet Vermögensrechte mit und ohne Geldwerth), Dernburg II 3 („ob nur eine Verbindlichkeit sozialer, ethischer oder religiöser Art oder auch eine Rechtspflicht entstanden ist, ergiebt letztlich die allgemeine Verkehrsauffassung; daß ein vermögensrechtliches Interesse des Berechtigten an der Verpflichtung besteht, fällt hierbei vor Allem in das Gewicht"); Cosack I 283; — v. Tuhr bemerkt in Grünhuts Z. **25** 530, das Gesetz

gebe für die prinzipielle Frage keinen genügenden Anhalt. Vgl. BayrObLG. in Seuff. A. **57** 388.

Wendt, A.civPr. **92** 41 ff. schließt sich im Gegensatze zu seiner für das gem. Recht vertretenen Ansicht denjenigen an, welche für den Begriff der Leistung im BGB. von einem Vermögensinteresse absehen. Es folgert dies aus der doppelten Verwendung des Wortes. Sie habe weder nach der einen noch nach der anderen Seite hin beweisende Kraft. Die betreffenden Vorschriften gestatten keine Verallgemeinerung (§§ 1922, 1939, 516, — §§ 253, 343, 847, 1300). Leistung sei ein alle Möglichkeiten zusammenfassender und völlig neutraler Ausdruck. „Leistung ist also überhaupt nur ein Verhalten der Person, und die Verpflichtung zur Leistung sagt nicht mehr, als was für den Anspruchsbegriff im § 194 formulirt ist: ein Thun oder Unterlassen." §§ 241, 194 hätten in Kürze auch lauten können: „berechtigt, vom Schuldner ein Thun oder Unterlassen zu verlangen". Innerhalb dieses Kreises stehe der § 138. Mit Planck, Lotmar und Windscheid: „Gegen die guten Sitten verstößt es, wenn sich Jemand etwas rechtsgeschäftlich versprechen läßt, was nach den Geboten der Sittlichkeit und des Anstandes nur auf Grund eines freien Entschlusses geschehen oder unterlassen werden soll".

2. Rambohr in Gruchots Beitr. **43** 50 ff.: Bei dem Prinzipe der Vertragsfreiheit, von welchem das BGB. beherrscht wird, sind obligatorisch wirkende Verträge in Ansehung des Namenrechts möglich. Besonders häufig wird die Vereinbarung sein, wonach Jemand sich verpflichtet, zu dulden, daß der Andere sich des gleichen, ihm von Rechtswegen nicht zukommenden Namens bediene. Darin liegt nicht bloß eine Art Erlaß- oder negativer Anerkennungsvertrag (§ 397), sondern die Uebernahme einer positiven, dauernden Pflicht zum Dulden, welche beispielshalber auf den Erben des Verpflichteten übergeht. Ein absolutes Namenrecht im Sinne des § 12 wird indeß — abgesehen vom Firmenrechte, HGB. § 22 — durch eine solche Vertragsabrede niemals begründet, Dritte sind deshalb daran nicht gebunden und die aus dem Vertrag erwachsenen Befugnisse gehen nicht auf die Erben über. Zulässigkeit des Widerrufs nach den Grundsätzen der condictio indebiti. — Kontrakte, in denen man sich verpflichtet, einen bestimmten Namen abzulegen, bzw. zu erwerben und zu führen, erscheinen zwar als rechtlich möglich, aber kaum als praktisch häufig. — Aehnliches kann letztwillig in Gestalt einer Auflage angeordnet werden.

3. Hölder in DJZ. **00** 104: Zwar bestimmt § 241 als Inhalt des Schuldverhältnisses die Berechtigung des Gläubigers, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Einen Theil seines Inhalts bildet aber auch schon, wie mit Recht Brinz betont hat, die Gebundenheit des Schuldners.

Lippmann in Iherings J. **43** 491 f., 498, 523: Aufrechnung ist keine Leistung.

Schloßmann, Lehre v. d. Stellv. 167 ff., ist der Ansicht, daß nur eine Leistung, nicht eine Thatsache versprochen werden könne. Dem tritt entgegen Manigk, Anwendungsg. d. Vorschr. f. Rechtsg. 330 ff. Gegenstand des obligatorischen Versprechens ist nicht eine abstrakte Leistung, sondern die Leistung eines Gegenstandes, eventuell eines so und so gearteten Gegenstandes. In letzterer Hinsicht wird eine Thatsache, nämlich eine Qualität der Leistung, versprochen. Damit fallen auch die weiteren Folgerungen Schloßmanns für die Lehre von der Stellvertretung.

Klingmüller, Begriff des Rechtsgrundes, unterscheidet Rechtsgrund im objektiven und subjektiven Sinne. 2 f., 8 f., 116. Ersterer ist ein äußerer gesetzlich normirter Thatbestand, an den die Rechtsordnung bestimmte Rechtsfolgen anknüpft; letzterer ist ein innerer psychologischer Vorgang, ein Beweggrund, der

sich bei Veräußerungs- und Verpflichtungsgeschäften auf deren rechtlichen Zweck bezieht (Erlangung eines Gegenvortheils oder Schenkung). — Bei den kausalen Geschäften gehört dieser subjektive rechtliche Grund zum Geschäftsinhalte, während er bei den abstrakten Geschäften als rechtlich unerheblich ausgeschieden ist; dieser künstliche Ausscheidungsprozeß ist nur möglich in Folge positiven Rechtssatzes, nicht in Folge eines angeblich abstrakten Verpflichtungswillens. 35 f., 48 f., 56 f., 116 f.

Nach Neumann, Gruchots Beitr. **45** 503 ff. bildet der Zweck den Verpflichtungsgrund, um dessen willen die Verpflichtung vom Gesetz auferlegt oder von den Betheiligten übernommen ist; er bestimmt den Inhalt des auf diesem Grunde beruhenden Schuldverhältnisses. Verpflichtungsgründe können nicht nur die im Gesetze besonders geregelten konkreten Schuldverhältnisse bilden; die Parteien können auch nach dem Prinzipe der Vertragsfreiheit jeden Zweck als Verpflichtungsgrund vereinbaren, soweit nicht Verbotsgesetze, insbesondere die Strafgesetze, die Rücksicht auf die guten Sitten, die Unmöglichkeit der Leistung u. s. w. entgegenstehen. Die Vereinbarung eines Zweckes kann eine ausdrückliche oder stillschweigende, sich aus den Umständen ergebende sein.

Paech, Leistungsverzug 11: Leistung ist gleichbedeutend mit Leistung im Sinne des Schuldverhältnisses. Ist eine faktische Nachleistung im Einzelfalle daher zwar möglich, aber nur so, daß sie nach Maßgabe des besonderen Vertragsinhalts oder der Anschauungen des Verkehrs und des täglichen Lebens nicht als Leistung im Sinne des Schuldverhältnisses angesehen werden kann, so entfällt damit die Möglichkeit der Nachholung der Leistung. In einem solchen Falle liegt beim Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen totale Leistungsunmöglichkeit, nicht aber Leistungsverzug vor. Denn die Nachholbarkeit der Leistung gehört begrifflich zum Leistungsverzuge.

4. Hellwig: Ein Anspruch auf Unterlassung ist sogleich gegeben, sobald eine Person zu einem Unterlassen verbunden ist. Eine Verurtheilung aus diesem Anspruch ist nur für die Zukunft denkbar als „Verurtheilung auf künftige Leistung"; vgl. die allgemeine Norm CPO. § 259. Unter den Begriff des Anspruchs auf Unterlassen fallen auch Ansprüche auf ein „Dulden". Die Beseitigung der Folgen einer Zuwiderhandlung ist eine positive Leistung und von der Unterlassungsverpflichtung scharf zu unterscheiden; Anspruch 6, 350 f., 388 f., Rechtskraft 340, 484 Anm. 27.

Der Nießbraucher und der Ehemann sind in den Fällen der §§ 1086, 1089, 1411 Schuldner, und zwar Schuldner, die beschränkt, nämlich mit den übernommenen Vermögensstücken, haften; die generelle Form der Klage, durch welche die beschränkte Haftung eines Schuldners geltend zu machen ist, ist die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in bestimmte Gegenstände, CPO. §§ 737, 739, 743, 748 Abs. 2; „Anspruch" 322, „Rechtskraft" 316.

5. Meyer, Seuff. Bl. **65** 294: Auf die Rückgewährsverbindlichkeit des Anfechtungsgegners (sowohl bei der Konkurs- als bei der Einzelanfechtung) finden unter steter Begrenzung aus der sonderrechtlichen Natur der Anfechtung die allgemeinen Vorschriften des BGB. über die Verpflichtung zur Leistung §§ 241 ff. über die Folgen des Verzugs — §§ 284 ff. und des Eintritts der Rechtshängigkeit Anwendung.

OLG. Hamburg, Seuff. A. **55** 334. Ein privatrechtlicher Anspruch gegen den Staat auf polizeilichen Schutz oder auf Schadensersatz wegen dessen Nichtgewährung besteht nicht.

§ 242. 1. Danz, Iherings J. **38** 427, 433 und Danz, Auslegung 139. Hier soll der Richter, während er im § 157 (s. oben § 157 unter 3 d) eine „auslegende" Norm aus der Verkehrssitte entwickelt, aus ihr eine „ergänzende" entwickeln. Das Resultat der Anwendung ist das gleiche. „Treu und Glauben"

ist das Vertrauen, das sich durch ein gewohnheitsmäßiges Handeln dahin bildet, es werde auch unter gleichen Umständen wieder so wie früher gehandelt werden. Der Inhalt des Rechtsgeschäfts wird dann nach Treu und Glauben festgesetzt, wenn das als Inhalt eingesetzt wird, was anständige Leute zu leisten pflegen.

Rehbein II 13 bezeichnet den § 242 als ein nicht nur die exceptio doli generalis begründendes, sondern auch für den Gläubiger geltendes positives Prinzip, dessen Ausflüsse z. B. in §§ 162 Abs. 1 und 2, 320 Abs. 2, 815, 633 Abs. 2 Satz 2, 639 Abs. 2, und in dem Satze, Niemand dürfe aus dem von ihm selbst verschuldeten Rechtsverlust eines Anderen Vortheil ziehen (**RG. 32** 143, **41** 58), zu finden seien. — Oertmann (s. oben § 157 unter 3a) vertheidigt die herrschende Meinung, daß § 242 sich nur auf die Art der Erfüllung, nicht auf das Ob und Was der Verbindlichkeit beziehe, im R. **00** 5 gegen Stammler, „Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren“ 36 ff., 48.

Schneider, a. a. O. (s. oben zu § 157 unter 3b): Die bona fides ist vor Allem Vertragstreue; wo das Gesetz den Verpflichteten von ihr entbinden will, bestimmt es das selbst. Das gesetzte Recht bleibt der rocher de bronze, 130, 136, 33; — Treu und Glauben bedeuten für die Betheiligten einmal die Pflicht, da, wo die Bestimmungen des Gesetzes oder der Vertragsabrede im Stiche lassen oder trotz der Worte in Wahrheit nicht oder nicht mehr passen, bei der eigenen Leistung und bei der Anforderung an die Leistung des Gegners, was die Art ihrer Ausführung anlangt, eine beiden Theilen thunlichst gerechte, die Verkehrssitte mitberücksichtigende Mittellinie innezuhalten; — sodann die Gewißheit, daß der Richter im Streitfalle hiernach auch entscheide, 147, — d. h. auf dem vom gesetzten Rechte offen gelassenen Gebiete so entscheide, wie es der Gesetzgeber selbst thun würde, — von der Mittellinie zwischen den entgegenstehenden Interessen aus unter besonderer Berücksichtigung der im Verkehr eingefestigten, ein gewisses Mittelmaß ergebenden Sitte, 132, 149 f.; der Richter hat also nicht zu entscheiden nach dem „vermutheten“, „vernünftigen“ Parteiwillen, und nicht nach dem Gaukelbilde eines „allgemeinen Verkehrswillens“ 137, 139, und die Verkehrssitte, — welche übrigens dem ergänzenden Rechtssatze durchaus nicht vorgeht, — ist nur einer der Umstände, nach denen der Richter jene Mittellinie bestimmen soll, 149; — dieser so formulirte Grundsatz von Treu und Glauben erschöpft die alte exceptio doli generalis, 145 (s. auch oben § 157 unter 2 und 4). Vgl. dazu und insbesondere über die exceptio doli generalis Regelsberger in KrVSchr. **02** 429. — Fast völlig entgegengesetzte Anschauungen vertritt Stammler, Die Lehre vom Richtigen Rechte 330—361. Die Worte „Rücksicht auf die Verkehrssitte“ seien ein wenig schadender, aber auch nichts nützender Ueberfluß (333). § 242 gehe allen nachlassenden Sätzen des Gesetzes vor und weiche nur den erschöpfend zwingenden (340). S. 341 ff. wird eine Anzahl praktischer Fälle behandelt.

2. Düringer-Hachenburg, HGB. II 205 ff. (vgl. Düringer, R. **01** 155, Kündigungsfrist bei Miethe), finden das Wesen der Verkehrssitte darin, daß sie kraft des Gesetzes, nicht aber trotz des Gesetzes herrsche, und statuiren das Prinzip, daß, wo das Gesetz die Auslegung oder Ergänzung der Willenserklärung vornahm, wo es die Art der Erfüllung des Schuldverhältnisses selbst regelte, die Verkehrssitte nicht eingreift, es sei denn, daß das Gesetz selbst einen Vorbehalt zu ihren Gunsten enthält.

Dagegen Hölder, R. **01** 216 ff. (vgl. auch oben § 157 Ziff. 2): Soweit nicht das Recht durch absolute Bestimmungen einem bestimmten Rechtsgeschäft einen bestimmten Inhalt als einen solchen zuerkennt, den es haben muß, hat für die Erforschung des wirklichen Willens, d. h. des wirklich erklärten Willens die Verkehrssitte prinzipale Bedeutung, schon deshalb, weil der Sprachgebrauch

nur ein Bestandtheil der Verkehrssitte ist; es gilt der durch die Verkehrssitte gegebene Sinn der Erklärung, auch wenn der Erklärende die Sitte nicht kennt, z. B. der Fremde, der in Deutschland sich deutscher Worte in Verkennung ihres Sinnes bedient; und individuelle Verhältnisse des Erklärenden kommen nur insoweit in Betracht, als sie dem Erklärungsempfänger erkennbar waren; weil jedoch die Verkehrssitte häufig eine sichere Entscheidung nicht giebt, z. B. unsicherer Sprachgebrauch, hat das Gesetz Auslegungsvorschriften als Aushülfsbestimmungen, welche meist, nicht immer durch die Worte „im Zweifel" markirt sind, und welche nur zur Anwendung kommen, soweit sich nicht nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, z. B. nach der Verkehrssitte, etwas Anderes ergiebt. Vgl. hierzu Bülow, Geständnißrecht 140 ff.

Paech, Leistungsverzug 7 f., macht darauf aufmerksam, daß das BGB. nicht auf den abstrakten Begriff von Treu und Glauben Bezug nimmt, sondern ihn mit der Verkehrssitte in Verbindung setzt, wodurch er konkretisirt und für das tägliche Leben passend gemacht wird. Die Ausdrucksweise des neuen Verlagsgesetzes § 13 Abs. 2 muß demgegenüber als ungenau bezeichnet werden. Ueber Verkehrssitte vgl. daselbst.

3. Einzelne Fälle:

a) Krückmann, R. **5** 85ff.: Treu und Glauben verpflichten den Droschkenkutscher anders als den Kaufmann. Während dieser erwarten kann, daß sein Schuldner die Leistung so bewirkt, wie er sie zu fordern berechtigt ist, er also nicht verpflichtet ist, zu wechseln, muß sich jener bei Abschluß des Vertrags sagen, daß die Gegenpartei ihr Ziel so schnell wie möglich erreichen will. Daher darf er auch den Zahlungsakt nicht verzögern. Er würde sich einer Verzögerung schuldig machen, wenn er ohne Rücksicht auf die Eile des Reisenden jegliches Entgegenkommen bei der Zahlung verweigert. Kann er nicht wechseln, so wird es sich fragen, ob ihn ein Verschulden trifft. Auf jeden Fall hat er sich des Morgens bei Aufnahme des Betriebs mit Scheidemünzen zu versehen. Es kann von ihm aber nur verlangt werden, daß er sich mit kleinerer Scheidemünze versehe, entsprechend dem durch die Erfahrung festgestellten Durchschnittsbetrag seiner Forderungen.

Diesen Ausführungen tritt B. Hilse im Fuhrhalter **17** 187 entgegen: er bestreitet sowohl die Pflicht zum Geldwechseln als auch zum Schadensersatz auf Seiten des Droschkenführers.

b) Hellwig (Verträge 123 ff.; vgl. § 370) folgert aus § 242 die Widerruflichkeit der an sich irrevokabeln Vollmacht des zum Empfange der Leistung des Schuldners ermächtigten Dritten wegen veränderter Umstände und ebenso das Recht des Schuldners, von dem als Gläubiger auftretenden Erben zu verlangen, daß er die Ertheilung des Erbscheins nachweise Hellwig, Anspruch 357 f.

c) Auch für die Frage des Verzugs ist § 242 von Bedeutung, Rehbein II 15; so Landgericht I Berlin, R. **00** 495, wenn bei einem Sukzessivlieferungsgeschäfte während der kontraktlich geplanten Dauer die Erfüllung unbeanstandet weder gefordert noch angeboten werde, so verstoße das plötzliche Begehren vollinhaltlicher Erfüllung gegen Treu und Glauben, denn es sei eine Prolongation des Geschäfts durch Hinausschiebung des Abnahmetermins als vereinbart zu erachten, — ferner Urtheil desselben Gerichts R. **01** 73, betreffend den Fall, daß ein Fabrikant vor ordnungsmäßiger Abwickelung der ihm zu festen Preisen obliegenden Sukzessivlieferungen seinen eigenen Abnehmern durch direktes, billigeres Angebot an das Publikum Konkurrenz macht.

d) OLG. **2** 9 (Hamburg), Seuff. A. **56** Nr. 219. Der durch unverschuldete Unmöglichkeit von der Leistung frei werdende Kontrahent ist schadensersatzpflichtig, wenn er es unterlassen hat, Umstände, welche die Möglichkeit der künftigen Ver-

tragserfüllung auch nur ernstlich in Zweifel stellten, dem Gegenkontrahenten alsbald mitzutheilen. Vgl. dazu Titze, Unmöglichkeit 96.

e) **RG. 48** 141 ff. Der Vormann, welcher als vermeintlich regreßpflichtig einen in Wahrheit ungültig protestirten Wechsel einlöst, kann die von ihm bezahlte Regreßsumme gegen Aushändigung des Wechsels und der Protesturkunde auch dann zurückfordern, wenn er den vorwärts laufenden Wechsel dem betreffenden Hintermann verkauft hatte; gegen Treu und Glauben würde es nur verstoßen, wenn er trotz Rückerstattung der von ihm bezahlten Regreßsumme auch den Wechsel behielte.

f) Marcus R. **02** 457 folgert aus dem § 242, daß auch nach dem BGB. der Gläubiger dem Bürgen, auch dem selbstschuldnerisch verpflichteten, für jede culpa in exigendo, für Fahrlässigkeit und Verschulden bei der Rechtsverfolgung haftet. Der Bürge darf, soweit er nach § 744 ein Subrogationsrecht hat, erwarten, daß dieses nicht durch Rücksichtslosigkeit des Gläubigers verkümmert werde.

g) Aus § 242 ergiebt sich, daß der Dienstherr verpflichtet ist, die Gegenstände, die er in Erfüllung seiner Vertragspflichten bei sich aufgenommen, nach Beendigung des Dienstverhältnisses herauszugeben. Deshalb kann er sie auch gemäß § 273 Abs. 1 wegen der aus demselben Vertrag entspringenden Schadensersatzansprüche zurückhalten. LG. Dresden, R. **01** 16 Nr. 12.

h) OLG. Dresden, SächsA. **12** 505 und R. **6** 507: Der Käufer, dem eine größere als die bestellte Waarenmenge zugesendet wird, ist nach Treu und Glauben verpflichtet, die wirklich bestellte Menge anzunehmen. Vorausgesetzt ist hierbei, daß die Ausscheidung und Abnahme des bestellten Theiles für den Käufer so wenig umständlich ist, daß sie ihm billiger Weise zugemuthet werden kann.

OLG. Hamburg, Seuff. A. **57** 2: Lieferung aller Produktion einer bestimmten Art in unbestimmter Menge.

i) **RG.** DJZ. **7** 369: Wie weit der Dienstberechtigte gemäß § 618 Räume zu beschaffen hat, bestimmt sich, wenn nichts bedungen wird, nach § 242.

k) B. Hilse, Bürgerkunde 94 und Illustr. LandwZtg. **19** 961: Obschon nach RGes. v. 30. 4. 1874 § 5 mit BankGes. v. 14. 3. 1875 § 2 Niemand verpflichtet ist, Reichskassenscheine oder Reichsbanknoten in Zahlung zu nehmen, folgt die Pflicht zu deren Annahme aus BGB. § 242 mit § 226, solange sie in unversehrtem und unbeschmutztem Zustande sich befinden.

§ 243. 1. a) Berndorff, Die Gattungsschuld. Zunächst wird die Gattungsschuld im Allgemeinen behandelt, um dann auf besondere Fälle überzugehen. Von den Ergebnissen der Arbeit seien besonders hervorgehoben:

α. Wenn ein speziell unbestimmtes Quantum aus einem größeren konkreten Vorrathe zu leisten ist, ist das Schuldverhältniß nach den Grundsätzen der Gattungsschuld zu behandeln. Dagegen ist die Verpflichtung zur Leistung eines speziell unbestimmten Stückes aus einer bestimmten Anzahl von Stücken derselben Gattung regelmäßig als alternatives Schuldverhältniß aufzufassen (19).

β. Die Gattungsschuld konkretisirt sich zur Speziesschuld mit der Leistung des Schuldners bzw. der durch den Verzug des Gläubigers verhinderten Leistung.

Rechte und Pflichten der Parteien sind fortan so zu beurtheilen, als wenn von Anfang an eine Spezies geschuldet worden wäre.

Der Schuldner hat demnach kein ius variandi mehr (36 ff.).

γ. § 279 BGB. greift nur dann Platz, wenn die Ursache des Unvermögens zur Leistung in Beziehung zu der Verpflichtung der Leistung aus der Gattung steht (z. B. Untergang des aus der Gattung ausgeschiedenen, aber noch nicht geleisteten Gegenstandes), nicht aber in der Person des Schuldners (z. B. Krankheit) ihren Grund hat. In diesem Falle treten verschiedene Rechtsfolgen nicht ein, mag der Leistungsgegenstand speziell oder generisch bestimmt sein.

δ. S. 77, 78 ist die Frage nach der Gefahrtragung, wenn ein für mehrere Käufer gemeinsam verladenes Quantum vertretbarer Waaren nach der Absendung durch Zufall untergegangen ist, dahin entschieden, daß die Käufer den Schaden nach Verhältniß ihrer Antheile an dem zu Grunde gegangenen Quantum zu tragen haben. Vgl. dazu Eccius, Gruchots Beitr. **45** 160, 445.

ε. Hat der Verkäufer beim Distanz-Gattungskauf abgesandt, so hat er im Sinne des § 243 „das zur Leistung seinerseits Erforderliche gethan". Das Schuldverhältniß konkretisirt sich auf den abgesandten Gegenstand. Der Verkäufer hat kein ius variandi nach der Absendung (kann also z. B. das inzwischen mit einem Gewinne herausgekommene Lotterieloos nicht durch ein anderes ersetzen) 81.

ζ. Ist die in Erfüllung eines Gattungskaufs geleistete Sache mit einem Mangel im Rechte behaftet, so hat der Käufer das Recht, Leistung einer anderen Sache zu verlangen (97).

η. Die Vorschrift des § 523 Abs. 2 paßt nur für das generische Schenkungsversprechen. Ist eine erst anzuschaffende Spezies Gegenstand des Schenkungsversprechens, so sollte nicht der Zeitpunkt des Erwerbes durch den Schenker, sondern der des Schenkungsvertrags für die Kenntniß bzw. grobfahrlässige Unkenntniß des Schenkers von dem Rechtsmangel maßgebend sein (107, 108).

b) Haver, Die Gattungsschuld. α. Die rechtliche Natur der Gattungsschuld wird erkannt durch Feststellung des „Begriffs" der G. (§ 2), ihres „Wesens" (Art der Bestimmung des Leistungsgegenstandes: § 3), der besonderen Voraussetzungen ihres Zustandekommens (Bestimmbarkeit der Leistung nach Gattungsmerkmalen: § 4) und die Betrachtung des Individualisirungsakts, der Wahl (§ 5). Auf Grund dieser Erörterungen wird die sehr bestrittene Frage nach der rechtlichen Natur einer Schuld, die in der Verpflichtung zu einer Leistung aus einem bestimmten Komplexe nach Gattungsmerkmalen bezeichneter Gegenstände besteht, im § 6 zu Gunsten der G. entschieden und so auch hier die reinliche Scheidung dieser Schuldart von der Alternativschuld durchgeführt.

Aus dem Gebiete der G. wird zunächst die Geldschuld ausgeschlossen (dagegen Matthias, CBlRw. **20** 241) und sodann die Gattungssachschuld, die Verpflichtung zur Leistung einer nach Gattungsmerkmalen bestimmten körperlichen Sache, als der Hauptanwendungsfall der G., besonders dargestellt (vgl. §§ 7, 8).

Die Erörterung der „Behandlung" der G. gruppirt sich nach näherer Begründung des § 9 um den Begriff der Konzentration. In den §§ 10—12 wird die Behandlung vor der Konzentration erörtert (zufällige, schuldhafte Einwirkung auf die Leistungsgegenstände, letztere eine für die G. kaum behandelte Frage). In den §§ 13—15 wird die Frage der Konzentration durch Ausübung des Wahlrechts erörtert; Hauptergebniß: selbst die bindende Ausübung des Wahlrechts führt keine Konzentration der G. herbei. Als Möglichkeiten der Konzentration (§§ 16, 17) bleiben demnach nur Leistung und gewisse Leistungssurrogate (Annahmeverzug! Zusendegeschäfte!). Zu den Ergebnissen der vorstehenden Erörterungen (§ 18) gehört auch das, daß die Individualisirung des Schuldgegenstandes kein unbedingtes Erforderniß der Konzentration ist.

β. Der besondere Teil giebt eine genauere Darstellung nur hinsichtlich der beiden praktisch wichtigsten Fälle, Gattungskauf und Gattungsvermächtniß. Dazu tritt im § 31 ein Ueberblick über die übrigen Fälle des Obligationenrechts.

Beim Gattungskaufe wird zunächst die Frage des Ueberganges der Gefahr, sodann die der Anwendbarkeit der ädilizischen Rechtsmittel behandelt. Nachdem gezeigt ist, daß das Quellenmaterial zur Beantwortung der ersteren Frage unzureichend ist (§§ 22, 23), wird im § 25 das Ergebniß dahin zusammengefaßt,

daß die für die Konzentration einer G. überhaupt maßgebenden Grundsätze auch für die Konzentration des Gattungskaufs maßgebend sind. Aus dem Wesen der G. wird somit die Erfüllungstheorie als richtig erkannt, wenn auch ihre Begründung, ebenso wie die der anderen Theorieen, preisgegeben wird (§ 24). — Die Anwendbarkeit der ädilizischen Rechtsmittel bei mangelhafter Leistung wird (im § 27) als dem Wesen des Gattungskaufs nicht widersprechend — die Quellen besagen nichts — bejaht.

Bei den Vermächtnissen handelt es sich für uns um das Gattungsvermächtniß (§ 33), den Haupt-, aber nicht einzigen Fall des Vorkommens gattungsmäßiger Bestimmung bei Vermächtnissen (vgl. § 32).

2. **RG. 28** 221 und **JW. 01** 209: Die Bestimmung einer Waare nach Beschaffenheit und Herkunft („Ia gewaschene Schmelzkoks der Zeche Dannenbaum", „Milch von den Kühen des Alvesloher Hofes") kennzeichnet die Waare lediglich als eine Gattung (genus) mit besonderen Eigenschaften; nur kraft besonderer Umstände des einzelnen Falles, insbesondere zufolge von Vorkehrungen der Parteien, kann die so gekennzeichnete Waare als Sachindividuum erscheinen, vgl. Schollmeyer zu § 243 Anm. 2 a. E.

3. **RG. 43** 183 f.: die Möglichkeit nachträglicher Auflösung des Gattungskaufs in einen Spezieskauf durch Einigung der Parteien wird in den Quellen des RR. so gut wie in § 243 als gegeben vorausgesetzt, ohne daß es für erforderlich erachtet wäre, ihrer besonders Erwähnung zu thun, vgl. Schollmeyer zu § 243 Anm. 5a und 6d.

4. Theils durch einschränkende Auslegung der Worte „so beschränkt sich das Schuldverhältniß auf die Sache" (Leonhard in Jherings J. **41** 28/30), theils durch Berufung auf Treu und Glauben (§§ 157, 242, 226) (Schollmeyer Anm. 6c, Planck Anm. 4 a. E., Rehbein II 32, Staudinger 4bβ) wird gegen die Mehrheit der II. Kommission (Komm. Prot. I 287 f.) der Satz begründet, daß die Beschränkung der Schuld dem Schuldner nicht zum Nachtheil gereiche, — daß also z. B. der Gläubiger eine rechtzeitig angebotene Sache von gehöriger Beschaffenheit nicht deshalb zurückweisen dürfe, weil sie nicht diejenige sei, welche der Schuldner der Bahn zur Absendung an den Gläubiger übergeben (jedoch zurückverlangt und anderweitig veräußert) hatte; — vgl. dazu Schneider, Treu und Glauben: will man nur die Worte des Gesetzes nicht pressen, so bleibt es doch neben der „Beschränkung" des Schuldverhältnisses auf die ausgeschiedene Sache immer noch wahr, daß der Schuldner mit einer gattungsmäßig bestimmten Sache, also auch einer andern, kraft späterer wiederholter Ausscheidung entstandenen Sache leisten darf; der Gläubiger, der die Annahme einer anderen, aber vertragsmäßigen Sache weigern wollte, verstößt nicht gegen „Treu und Glauben", sondern einfach gegen die klaren Vorschriften des Gesetzes und seines Vertrags, 224. — Vgl. in gleichem Sinne KG. R. **02** 586 und OLG. Celle, Seuff. A. **57** 260.

§ 244. Zitelmann, Das Recht des BGB., Allg. Th. 90 f.: „Ausdrückliche Erklärung" und „besondere Bestimmung" sind gleichbedeutend. Ausdrücklich im Sinne des BGB. ist eine Willenserklärung nur dann, wenn sie durch objektive Erklärungsmittel erfolgt, und sie ist es nur so weit, wie der objektive Erläuterungswerth der gebrauchten Erklärungsmittel reicht; hingegen ist nicht ausdrücklich erklärt das, was sich erst aus dem ausdrücklich Erklärten als immer noch gewollt erschließen läßt, ohne Erklärung durch besondere objektiv dienliche Erklärungsmittel gefunden zu haben. 89: Die Handlungen, welche, abgesehen von dem subjektiven Zwecke der Partei im einzelnen Falle, schon an sich und vor dem einzelnen Falle kraft Verkehrskonvention oder kraft Gesetzes

oder kraft Parteiverabredung die Bestimmung haben, als Erklärungsmittel zu dienen, sind objektive Erklärungsmittel.

Hellmann, Iherings J. **42** 453 bezieht „ausdrücklich" hier, wie im § 700 auf die „Eigenschaft" der Erklärung, also als Gegensatz zu „stillschweigenden" Erklärungen.

Isay, Iherings J. **44** 65 ff. gegen Hellmann und Zitelmann: Das Eigenschaftswort „ausdrücklich" bezieht sich auf den Inhalt der Erklärung. Das BGB. verlangt in §§ 244, 700, daß über die fraglichen Punkte eine besondere Einigung getroffen sein muß; wie, d. h. mit welchen Ausdrucksmitteln, sie zu erklären sei, darüber will BGB. nichts bestimmen. Die von Zitelmann gemachte Unterscheidung der objektiven Erklärungsmittel ist entweder werthlos oder willkürlich, — werthlos, weil immer nur Erklärungsmittel angewendet werden, die dem Erklärenden schon vorher als solche erscheinen, — willkürlich, wenn die Bestimmung als Erklärungsmittel vor dem betreffenden einzelnen Falle betont wird: Dann wäre ein Telegramm in einem gebräuchlichen Telegraphenschlüssel eine „ausdrückliche", — in einem ad hoc verabredeten System eine „stillschweigende" Erklärung.

Monich, Willenserkl. u. Rechtsgeschäft nach dem BGB. 8, 138 f.: Der Gegensatz der ausdrücklichen Erklärung ist keineswegs die stillschweigende, sondern diejenige, deren Inhalt nicht einer besonderen Handlung des Erklärenden, sondern den Umständen zu entnehmen ist. Die Beachtlichkeit eines nicht geäußerten Willensinhalts wird negirt, wenn ausnahmsweise eine ausdrückliche Erklärung vorgeschrieben wird. Ueber die zuläßigen Ausdrucksmittel wird dadurch an sich noch nichts bestimmt.

Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte 61 f.: Bei der ausdrücklichen Erklärung substituirt der Erklärende jeder seiner Absichtsvorstellungen einen Begriff und drückt diesen sprachlich aus, während bei der stillschweigenden oder konkludenten Erklärung eine Begriffsbildung nicht nothwendig ist, in jedem Falle aber die adäquate Aeußerung des oder der Begriffe unterbleibt. Im letzteren Falle wird daher das Vorliegen der Absichtsvorstellungen auf Grund der Erfahrung erschlossen. 65 f.: Nur ein einziger Fall der Erklärung durch bloße Zeichen statt der Sprachbegriffe ist zu der ausdrücklichen Erklärungsart zu zählen, wo es sich nämlich um die allgemein rezipierte Zeichensprache durch Kopfschütteln, Kopfnicken u. A. handelt; dagegen hat man im Falle besonderer Verabredung einer Erklärung durch Zeichen schon von konkludenter Erklärung zu sprechen.

§ 248. 1. Das **RG.** (5. C.=S.) hat durch Urtheil vom 15. 4. 1896 **37** 275 f. im Widerspruche mit mehreren Urtheilen desselben Senats und des preuß. ObTrib. ausgesprochen, daß die Abrede der Erhöhung des Zinsfußes im Falle nicht prompter Zinszahlung ein Versprechen von Zinseszinsen nicht enthalte und auf Antrag in das Grundbuch einzutragen sei. Ebenso: OLG. **1** 200 (KG.), auch KGJ. **20** A 198, Gruchots Beitr. **39** 542, JMBl. **97** 6.

2. LG. I Berlin KGBl. **00** 70: Der Grundbuchrichter darf bei Eintragung einer Hypothek für eine Kreditanstalt, wenn im voraus Zinseszinsen versprochen sind, nicht den Nachweis verlangen, daß gerade für die fragliche Hypothek verzinsliche Inhaberpapiere ausgegeben seien.

KG. R. **00** 332: Aus der Berechtigung des § 248 Abs. 2 folgt nicht das Recht, diese Zinseszinsen im Grundbuch eintragen zu lassen, ohne sie ihrem Geldbetrage nach zu spezialisiren; aus der etwaigen Unmöglichkeit der Angabe des Geldbetrags der nur bedingungsweise vereinbarten Zinseszinsen folgt nur, daß sie überhaupt nicht eintragungsfähig sind, — außer gemäß § 1190 mit dem Höchstbetrag als Sicherungshypothek; die Verzinsung der Zinsen ist nicht eine solche

der Forderung, — es kann sich also nur um eine Nebenleistung i. S. des § 1115 handeln.

§ 249. 1. Gegen die Einbeziehung der Naturalrestitution in den Schadensersatzbegriff Degenkolb, A.civPr. **76** 18 ff., 80 ff., Walsmann, compensatio lucri cum damno 10 bei § 255, Oertmann, Die Vortheilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch 1 ff. (Duplizität des Schadenbegriffs: konkret, abstrakt).

von Tuhr, DJZ. **4** 306: die Fälle, in denen Schadensersatz verlangt werden kann, sind gegen das bisherige, primär auf Geldersatz abstellende Recht nach zwei Richtungen verschoben: Nach BGB. kann bei widerrechtlicher Veränderung einer Sache Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangt werden, selbst wenn dieser ein schlechterer war (soweit nicht § 226 entgegensteht), der Eigenthümer also durch die Veränderung einen pekuniären Nachtheil nicht erlitten hat; auf der anderen Seite ist der Schadensersatzanspruch nach § 249 (im Gegensatze zum gemeinen Rechte) ausgeschlossen, wenn eine Sache durch Schuld des X. beschädigt wird und dann durch Zufall untergeht; anders, wenn die Herstellung von vornherein nicht möglich und der Schadensersatz primär in Geld zu leisten ist.

Ebbecke, Grundsätze 52 ff. Einem jeden Rechte wohnt der Anspruch auf Herstellung des dem Rechte entsprechenden Zustandes inne (Recht auf Beseitigung des verletzenden Zustandes, auf Herstellung des dem Eigenthum entsprechenden Besitzzustandes, auf Sonderung im Falle der Verbindung, auf Rückgabe der unverbindlichen Zuwendung, auf Erfüllung, d. i. auf Herstellung des dem Förderungsrecht entsprechenden Zustandes). Der Anspruch auf Herstellung verwandelt sich, wenn die Herstellung nicht thunlich ist oder zur Beseitiguug des Schadens nicht ausreicht, beim Vorhandensein eines Verschuldens in einen Anspruch auf Schadensersatz und, wenn der zurückzugebende Vermögensgegenstand nicht mehr in Natur vorhanden ist und ein Verschulden des Verpflichteten nicht vorliegt, in einen Vergütungsanspruch.

Kleineidam, Unmöglichkeit 110, 126. Die Verpflichtung zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes kann auch in dem Falle gegeben sein, wo die Leistung nur von schuldnerischem Unvermögen getroffen ist. Hier besteht dann die Pflicht in der Auferlegung überobligationsmäßiger Anstrengungen und Opfer behufs Bewirkung der ursprünglichen Leistung.

2. H. Rümelin, A.civPr. **88** 285 ff.: „Kulpahaftung und Kausalhaftung", Verschuldungs- oder Verursachungsprinzip? Tendenz zu letzterem; Gründe: Interesse, Gefährdung, Prävention, Beweisregulirung, Tragfähigkeit; vgl. Komm.-Prot. II 568 ff., 583 ff., 653 ff. und M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung 1 ff.

v. Kries, (Begriff der adäquaten Kausalität), Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, Vierteljahrsschr. f. wissenschaftl. Philosophie **12** 180 ff.; es kommt darauf an, ob und in welchem Umfang und Grade das schuldhafte Verhalten generell mit verletzenden Erfolgen von der Art des vorliegenden in ursächlichem Zusammenhange steht, — ob der Zusammenhang mit dem Erfolg ein zu verallgemeinernder oder nur eine Eigenthümlichkeit des vorliegenden Falles ist, — ob das Moment allgemein geeignet ist, eine Tendenz besitzt, einen Erfolg solcher Art hervorzubringen (adäquate Ursache, adäquate Folge), oder ob es nur zufälliger Weise die Veranlassung desselben geworden ist (zufällige Ursache, zufällige Folge); der Urheber einer schuldhaften Handlung kann stets nur für die adäquaten, nicht aber für die zufälligen Folgen derselben verantwortlich gemacht werden.

Haß, Jherings J. **37** 327 ff. führt diesen Begriff der adäquaten Kausalität für das Civilrecht durch, indem er die Formulirung Stuart Mill's „die

Ursache besteht aus der ganzen Summe der positiven und negativen Bedingungen, aus dem Ganzen von Ereignissen jeder Art, denen die Wirkung unabänderlich folgt, wenn sie realisirt werden," zu Grunde legt und betont, daß dieser Ursachenbegriff auf allen Gebieten derselbe ist, und daß es eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges überhaupt nicht giebt; vielmehr beruht die Beschränkung der rechtlichen Haftung auf die adäquate Folge des schuldhaften Verhaltens auf Billigkeitserwägungen, und es ist diese Beschränkung schon im Röm. Recht enthalten; die Unterscheidung zwischen adäquater und zufälliger Verursachung wird gegeben durch eine generalisirende Betrachtung des Einzelfalls, und für die entscheidende, durch ein abstraktes Prinzip nicht weiter zu bestimmende Art dieser generalisirenden Betrachtungsweise ergiebt das Röm. Recht die Regel, daß die Generalisirung nur eine sehr beschränkte, sehr geringe sein darf, „Fälle dieser Art"; zum Betreff des entgangenen Gewinns ließ das Röm. Recht an Stelle des strikten Nachweises eine Fiktion treten dahin, daß der Kausalzusammenhang als bestehend, bzw. als nicht bestehend angenommen wird, wenn in Fällen, die dem vorliegenden bis in die kleinsten Unterscheidungen gleichen oder doch die wesentlichsten Merkmale mit ihm gemeinsam haben, der Gewinn gewöhnlich gemacht, bzw. nicht gemacht wird, vgl. § 252 BGB. und Zitelmann, Recht des BGB. 155.

M. Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe in Straf- und Civilrecht, A.civPr. 90 171 ff., baut den Begriff der objektiven adäquaten Kausalität aus, indem er zur Beurtheilung der Frage, ob das zur Untersuchung stehende kausale Moment generell geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen, nicht wie von Kries die sämmtlichen, dem Thäter bekannten oder erkennbaren Bedingungen voraussetzt, sondern außerdem zu Grunde legt, was sonst bekannt war oder bekannt geworden ist, z. B. die durch den nachträglichen Verlauf aufgedeckten, aber zur Zeit der That schon vorliegenden Umstände, sowie das gesammte Erfahrungswissen der Menschheit: Standpunkt der objektiven nachträglichen Prognose 189 f.; es sind zu unterscheiden: haftungsbegründender Vorgang und weitere Schadenswirkung, 237; bezüglich des ersten ist meist subjektive Vorhersehbarkeit, also Verschulden erforderlich, bezüglich der weiteren Schadenswirkung nichts als Kausalzusammenhang, 251, und auch in Betreff des lucrum cessans ist das Wahrscheinlichkeitsurtheil — § 252 BGB. — abzugeben von der Basis sämmtlicher zur Zeit der Beschädigung vorliegender, sofort oder später erkennbarer Umstände aus, 254; regelmäßig ist zuerst das bloße Bedingungsverhältniß festzustellen und sodann zu untersuchen, ob der Kausalzusammenhang auch ein adäquater ist, 294; dem Prinzipe der objektiven adäquaten Kausalität ist eine Billigkeitsmodifikation beizufügen dahin, „wird durch einen an sich haftungsbegründenden Vorgang der Verletzte lediglich in räumliche und zeitliche Beziehung gebracht zu einem später eintretenden Ereignisse, so wird von außer aller Berechnung liegenden, auch dem Haftpflichtigen nicht bekannten oder erkennbaren Bedingungen dieses zweiten Ereignisses selbst dann abstrahirt, wenn dieselben zur Zeit des ersten Vorganges schon vorlagen" 300. Vgl. zu dieser Lehre von adäquater Kausalität Oertmann, Vortheilsausgleichung 79 ff.

Enneccerus-Lehmann, Das bürg. R. (2) I 404 ff.: Der Begriff des Kausalzusammenhanges wird von Rümelin und Kries zu eng aufgefaßt; die §§ 447 Abs. 2, 287 Satz 2, 848 sind nicht, wie Rümelin will, Ausnahmen von dem regelmäßigen Begriffe, sondern gerade die Fälle, in denen der Begriff am klarsten hervortritt. — Ein Schaden kann im Rechtssinne nicht als Folge einer Thatsache betrachtet werden, wenn diese ihrer Natur nach für die Entstehung des Schadens ganz indifferent war und nur in Folge anderer außerge-

wöhnlicher Umstände zu einer Bedingung des Schadens wurde; hier sind im Rechtssinne nur jene anderen Umstände Ursache; die richtige Grenze zu finden, ist Sache des richterlichen Taktes.

Rehbein II 47: Im Sinne des Rechtes verursacht ein Umstand den Schaden nicht, auch wenn ohne ihn der Schaden nicht eingetreten wäre, sobald der Umstand an sich für die Schadensentstehung gleichgültig ist, der Zusammenhang nur ein äußerlicher ist, die innere Entwickelung des Schadens aus dem verpflichtenden Umstande fehlt, weil Zufall sie verhindert hat.

Crome, System I 475 schließt sich der Theorie vom sog. adäquaten K. an. Nach ihm ist eine Person dann als verursachend anzusehen, wenn sie eine Bedingung setzt, welche auf Grund des ganzen zur Zeit der Handlung erkennbar vorliegenden sonstigen Bedingungskomplexes im Allgemeinen geeignet war, den Erfolg herbeizuführen.

Dagegen Paech, Leistungsverzug 110 Anm. 10, welcher im Anschluß an Liszt, Deliktsobligationen die Theorie der Identität von Ursache und nothwendiger Bedingung auch für das Civilrecht als allein haltbar und verwendbar erklärt.

3. Siehr, Gruchots Beitr. **41** 5 ff.: Wenn mehrere Personen einen Nachtheil gleichzeitig vertretbar verursachen, so ist jede von ihnen für die Folgen haftbar (A. und B. haben für eine Fabrik — der eine Herstellung der Bauten, der andere Lieferung der Maschinen — versprochen, beide kommen in Verzug, — die Eröffnung des Fabrikbetriebs verspätet sich); ebenso M. Rümelin, A.civPr. **90** 285; a. A. Höpfner, DJZ. **1** 238.

4. Regelsberger, Iherings J. **41** 272 ff. Das BGB. enthält keine unmittelbare Entscheidung der Frage, ob und inwieweit ein Vertragsschuldner für den Schaden ersatzpflichtig ist, den er durch seine Vertragsbrüchigkeit im Vermögen eines Dritten herbeiführt. Die Rechtssätze, die sich im gemeinen Rechte herausgebildet haben, sind auch für das BGB. maßgebend. Sie sind:

a) Der Umstand, daß Jemand mit einem Anderen einen Vertrag im Interesse eines Dritten geschlossen hat, reicht aus, die Berechtigung zur Klage auf Erfüllung zu begründen, nicht aber um bei der Ersatzpflicht wegen schuldhafter Nichterfüllung das Interesse des Dritten in Rechnung zu stellen.

b) Soweit der Vertragsgläubiger in Folge eines besonderen Rechtsverhältnisses dem Dritten ersatzpflichtig ist, haftet der Vertragsbrecher seinem Vertragsgegner im Umfange des Schadens des Dritten. Wenn aber der Vertragsschuldner die Betheiligung des Dritten weder kannte noch nach den Umständen erkennen konnte, so beschränkt sich seine Haftung auf den Betrag des Schadens, den der Vertragsgegner als Eigeninteressent erleiden würde, und der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge aus der Pflichtverletzung zu erwarten war.

c) Auch ohne eigene Ersatzpflicht kann der Gläubiger den Schaden des materiell betheiligten Dritten gegen den Vertragsbrecher geltend machen, wenn er in Folge der Vertragsverletzung seinerseits nicht leisten kann, wozu er gemäß seinem Rechtsverhältnisse zu dem Dritten an sich verpflichtet ist. Die unter Ziff. 2 angegebene Schranke gilt auch hier.

d) Der Anspruch auf Ersatz des dem Dritten erwachsenen Schadens entsteht in der Person des Vertragsgegners des Schädigers und kann vom Geschädigten gegen den Schädiger nur auf Grund einer Abtretung geltend gemacht werden.

In diesem Falle kann sich der Schädiger aller Einreden bedienen, die ihm gegen seinen unmittelbaren Vertragsgegner zustehen. Er kann dem Kläger mit Forderungen gegen seinen Vertragsgegner aufrechnen. Dagegen ist er nicht befugt, dem Ersatzanspruche seines unmittelbaren Vertragsgegners gegenüber Forderungen in Gegenrechnung zu bringen, die ihm gegen den Geschädigten zustehen.

v. Tuhr, Grünhuts Z. **25** 529 ff. Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen: Wenn der Gläubiger zu einem Dritten in einem Rechtsverhältnisse steht, vermöge dessen das Interesse an der Leistung des Schuldners statt beim Gläubiger bei diesem Dritten entstanden oder nachträglich auf den Dritten übergegangen ist, so kann der Gläubiger den Schuldner zur Entschädigung des Dritten anhalten (567). Vgl. dazu RG. **40** 189 und Seuff.A. **53** Nr. 22, OLG. Hamb., HansGZ. **01** 9.

Wenn die Vertragsklage auf Ersatz des Schadens eines Dritten geht, so kann sie vom Dritten auch ohne Cession ausgeübt werden 583. Vgl. Rehbein II 55 ff.

5. Kohler, Handb. d. Deutschen Patentr. 268: Unter Entschädigung ist nicht bloß das begriffen, was der Verletzte hätte, wenn die Verletzung nicht vorgekommen wäre; die Entschädigung umfaßt zunächst Alles, was der Verletzer durch die Verletzung widerrechtlich hat: dies muß er herausgeben. Dazu hat er noch den weiteren Schaden zu vergüten, den der Verletzte über dieses hinaus erlitten hat. — 879: Die in den Autorgesetzen (vgl. § 21 des Ges. vom 11. 6. 70) getroffene Vorkehrung fehlt im Patentgesetze: daß die patentwidrigen Erzeugnisse für verfallen erklärt und die Werkzeuge und Vorrichtungen unbrauchbar gemacht werden, läßt sich nur auf mittelbarem Wege durchführen: durch eine Klage auf Leistung des Interesses (CPO. § 813), indem man das Interesse im Sinne des Schadensersatzes und den Schadensersatz im Sinne des § 249 BGB. versteht.

6. Einzelne Fälle:

a) Josef, A.bürgR. **20** 47 ff. Wenn der Schuldner durch Vereinbarung mit dem Vertreter des Gläubigers arglistig den Eintritt der Verjährung herbeigeführt hat, so hat er sich einer unerlaubten Handlung und hiermit schadensersatzpflichtig gemacht; er hat also den Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der Schaden nicht eingetreten wäre, und diese Wiederherstellung erfolgt durch Verzicht auf die Einrede der Verjährung oder durch Zahlung einer Geldentschädigung, also im Endergebnisse durch Zahlung der eingeklagten Forderung. (§§ 249, 251, 823, 826). Da der Ersatzpflichtige durch die unerlaubte Handlung (die in deren Folge eingetretene Verjährung) die Befreiung von seiner Schuld „erlangt" hat, unterliegt der Anspruch des Verletzten auf Wiederherstellung, also auf Zahlung, auch nicht der kurzen Verjährung von 3 Jahren, § 852 Abs. 2.

b) Cohn, Gruchots Beitr. **43** 417 f. Der Anspruch aus § 655 Abs. 2 CPO. (a. F.) ist ein Schadensersatzanspruch im Sinne des § 717 Abs. 2 CPO. (n. F.). Dieser mit den Grundsätzen der §§ 249 ff. BGB. übereinstimmende Gesichtspunkt war so lange nicht anwendbar, als das Landesrecht über Begriff und Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs entschied.

c) RG. **46** 86 f. und Seuff. A. **56** Nr. 125: Der Fassung des § 43 des Börsengesetzes („Schaden, welcher demselben (dem Erwerber von Werthpapieren) aus der von den gemachten Angaben abweichenden Sachlage erwächst,") bezweckt, die Haftung für solche Nachtheile, die auf anderen Umständen als der unrichtig angegebenen Sachlage beruhen, auszuschließen, nicht aber die „Sachlage" als das schadenbringende Ereigniß hinzustellen und auf diesem Wege eine Einschränkung des zu erstattenden Schadens zu gewinnen. Verursacht ist der Schade durch die Divergenz zwischen dem behaupteten und dem wirklichen Sachverhalte, durch die Unrichtigkeit der Angabe, oder, was dem Sinne nach identisch ist, die als unrichtig sich darstellende Angabe. — Die Wiederherstellung des Zustandes, wie er vor dem schädigenden Ereignisse bestand, wird dem Wesen des Ersatzes am vollständigsten gerecht, und die Erstattung in Geld steht an sich erst in zweiter Linie.

d) RG. **48** 118: die Grundsätze der §§ 249 ff. sind für einen Untersagungs-

anspruch dahin, daß der Drohende seine gegen die guten Sitten verstoßende (§ 826) Drohung zurücknehme, nicht verwerthbar.

e) **RG. 35** 75 und Seuff. A. **51** 210: Da sich der Nachdrucker das geistige Eigenthum des Urhebers rechtswidrig angeeignet hat, so würde der Urheber Restitution verlangen können. Diese erfolgt sachgemäß dadurch, daß die Aneignung ungeschehen gemacht wird durch Vernichtung der Nachdrucksexemplare, Einziehung der Platten und Formen u. s. w. Sie muß nach allgemeinen Grundsätzen, wenn diese Natualrestitution nicht mehr möglich ist, weil die Nachdrucksexemplare vertrieben sind, durch Restitution des daraus gezogenen Gewinns erfolgen, ohne daß zu untersuchen ist, daß der Berechtigte den Gewinn selbst gemacht haben würde, vgl. **RG. 43** 59.

OLG. Karlsr., R. **01** 283: Der Betrieb eines Bordells berechtigt die Nachbarn nicht nur, eine Geldentschädigung zu verlangen, sondern gemäß dem Prinzipe des § 249 auch dazu, Beseitigung bzw. Unterlassung des Bordellbetriebs zu fordern.

RG. JW. **02** Beil. 239: Ist die Kaufsache, einer gegebenen Zusage entgegen, mit einem Mangel behaftet, so ist diese und nicht etwa die fragliche Erklärung der zum Schadensersatze verpflichtende Umstand.

§ 250. Kuhlenbeck, JW. **97** 522: Da die Frist vom Gläubiger und in dessen Interesse bestimmt wird, so hat nach Ablauf derselben nicht der Gläubiger, sondern nur der Schuldner den Anspruch auf Naturalrestitution verwirkt; der Gläubiger darf also sein prinzipales Recht auf letztere noch geltend machen.

Derselben Meinung ist nach derEntstehungsgeschichte des § 250 Behrend, in DJZ. **97** 341, der ausführt, die Verfasser des BGB. hätten unter dem „Anspruch auf die Herstellung" die Befugniß des Schuldners verstanden, sich durch Naturalrestitution von seiner Verpflichtung zu befreien. Dagegen Staub ebenda **97** 358 und Oertmann, Planck, Schollmeyer zu § 250; vgl. § 326.

§ 251. Vgl. BayrObLG., Seuff. A. **51** Nr. 13 und **RG. 38** Nr. 7 und Seuff. A. **52** Nr. 253.

OLG. Colmar, R. **02** 179 u. 394: Selbst bei unverhältnißmäßiger Kostspieligkeit der Wiederherstellung des früheren Zustandes kann der negatorisch (§ 1004) Beklagte die Verurtheilung zur Beseitigung der Beeinträchtigungen fremden Eigenthums nicht durch Anbieten von Geldentschädigung abwenden; denn der negatorische Anspruch dient nicht dem Zwecke einer Schadensersatzleistung. Auf den negatorischen Anspruch (§ 1004) ist § 251 Abs. 2 überhaupt nicht anwendbar **RG. 51** 411.

§ 252. 1. von Liszt, Deliktsoblig. 71, und Titze, Die Unmöglichkeit d. Leistung 129 finden die Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang in den §§ 252 und 254 geradezu ausgesprochen. Vgl. Rümelin, A.civPr. **90** 252 ff. und Oertmann, Selbstbericht über seine „Vortheilsausgleichung", A.bürgR. **20** 81.

2. Einzelne Fälle:

a) Kohler, Handb. d. Deutschen Patentr. 583: Wer ein Patent kauft, muß sich sagen, daß mit jedem Patent nicht nur ein thatsächliches, sondern auch ein rechtliches Wagniß verbunden ist; als entgehender Gewinn darf also — beim Kaufe eines absolut nichtigen Patents ohne Arglist des Verkäufers — nicht Alles angerechnet werden, was der Käufer im Falle eines unbestrittenen Patents erlangt hätte; vielmehr kommt nur ein solcher Gewinn in Betracht, auf den ein vorsichtiger Mann bei Patenten baut, insbesondere bei Patenten, die sich noch nicht längere Zeit bewährt haben vgl. § 252 BGB., dessen Ausdrucksweise („mit Wahrscheinlichkeit") die Möglichkeit giebt, den dehnbaren Verkehrsverhältnissen in vollem Maße nachzukommen.

b) **RG. 49** 52: Die Beklagte war zum Abschluß eines Kaufvertrags zu angemessenem Preise durch arglistige Täuschung von Seiten des Klägers bewogen

worden; entgangener Gewinn ist der Betrag, um welchen sie die Waare noch vortheilhafter verkauft haben würde, wenn sie nicht arglistig getäuscht worden wäre.

c) **RG.** DJZ. **02** 311: Wenn im Falle des § 480 Abs. 2 die Waare zur Verfügung gestellt und dann für Rechnung dessen, den es angeht, verkauft worden ist, darf als Schade der entgangene Gewinn geltend gemacht werden, den der Käufer durch Weiterverkauf wegen eingetretener Preissteigerung gemacht hätte, auch wenn diese eine hohe ist. Denn ein Gewinn dieser Art war mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten; daß aber auch die Höhe, in der er sich später als wirklich entgangen herausstellt, wahrscheinlich gewesen sein müßte, ist keinesfalls zu erfordern. OLG. **4** 214 (Hambg.) HansGZ. **01** 273.

§ 253. Vgl. §§ 847, 1300. Hellwig, Vertr. 60 findet im § 253 eine Bestätigung des Prinzips, daß das Recht nur vermögenswerthe Leistungen als Inhalt von Rechtsverpflichtungen anerkennt. Vgl. Kohler, Handb. d. Patentr. 575, 578.

§ 254. 1. v. Leyden, Die sogenannte Kulpa-Kompensation im BGB. (1902) bestimmt den Begriff dahin, daß die Ersatzpflicht des zum Schadensersatz Verpflichteten ausgeschlossen oder gemindert wird, wenn der eingetretene Schaden im Kausalzusammenhange steht mit einem schuldhaften Verhalten des Beschädigten (40). Er kritisiert die Auffassung des Gesetzes von der „vorwiegenden Verursachung" des Schadens und die Art der Verwertung. Es sei auf die Höhe des Verschuldens und nicht auf den Grund der Verursachung das ausschlaggebende Gewicht zu legen. Er formuliert (53) den zu Grunde liegenden Gedanken folgendermaßen: „Ist der zu ersetzende Schaden durch ein schuldhaftes Verhalten des Beschädigten mitverursacht worden, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes davon ab, inwieweit das Verschulden des einen Theiles überwiegt".

2. a) Diese Vorschrift setzt wie der Rechtssatz quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire (l. 203 D. 50, 17) keineswegs ein Verhalten des Geschädigten voraus, welches gegenüber irgend einem andern eine kontraktliche oder außerkontraktliche Rechtswidrigkeit enthält, es genügt vielmehr, wenn der Beschädigte bei dem Schaden dasjenige Maaß von Aufmerksamkeit nicht bethätigt hat, das nach Lage der Sache zur Wahrnehmung seiner eigenen Interessen geboten war. Als ein Verschulden in diesem Sinne ist es anzusehen, wenn der Beschädigte eine Arbeit übernimmt, der er wegen mangelnder Geschäftskenntniß nicht gewachsen ist. **RG.** JW. **02** Beil. 270.

b) Labowsky, Eigenes Verschulden bei Schadensersatzansprüchen. Wenn auch nach dem Wortlaute des Gesetzes (und nach den Motiven 23 f. zu § 222 E I.) für die Abgrenzung der Ersatzpflicht „das Kausalverhältniß" und nicht die verschiedene Schwere des beiderseitigen Verschuldens maßgebend sein soll, so kann doch, da es unter den verschiedenen zu dem Erfolge zusammenwirkenden Bedingungen keine giebt, auf welche (quantitativ) mehr als auf die anderen der eingetretene Erfolg zurückgeführt werden kann, in dem Ausdrucke „vorwiegend verursacht" nichts Anderes als eine Breviloquenz für „durch überwiegendes Verschulden verursacht" erblickt werden. — Steht dem „eigenen Verschulden" überhaupt kein Verschulden des in Anspruch Genommenen gegenüber, sondern ist der Schadensersatzanspruch ohne Verschulden des Anderen gesetzlich begründet, so entscheidet lediglich Ermessen; hierbei können auch wie nach § 829 die verschiedenartigen Vermögensverhältnisse der Parteien in Betracht gezogen werden.

c) Cohn, Gruchots Beitr. **43** 96 ff., 376 ff. Der Verpflichtete hat den Schaden zu ersetzen, den er verursacht hat, nicht bloß denjenigen, welchen er vor-

hersehen konnte; der Paragraph gilt auch da, wo der Verpflichtete für den Schaden haftet, den er nicht verschuldet hat. Anders auf Seiten des Beschädigten; er muß die Entstehung des Schadens haben vorhersehen können, denn sein Verschulden soll sich gerade auf die Entstehung des Schadens beziehen. Verschulden ist schuldhafte Handlung. Liegen diese Voraussetzungen vor, so entscheidet über die Ersatzpflicht nicht mehr in erster Linie das Schuldmoment, sondern das Kausalitätsprinzip. Der Verfasser erörtert sodann die Tragweite des § 254 innerhalb und außerhalb der Schuldverhältnisse, er zeigt, daß er theils beschränkt — z. B. § 839 —, theils gar nicht anwendbar sein kann: §§ 825, 1166. (Aehnlich v. Leyden a. a. O. 86, 87, 99—102). Für den Schadensersatzanspruch nach der Prozeß-Novelle wird ausgeführt, daß das mitwirkende Verschulden zwar nicht in der Zwangsvollstreckungsinstanz zu liegen braucht, daß aber nur die Prozeßchikane, und auch nur ausnahmsweise, dagegen nicht die Prozeßversäumniß, einen solchen begründen wird.

Zitelmann, Recht des BGB. 152, 166 ff. Verschulden gegen sich selbst, nicht Verletzung einer Rechtspflicht, sondern Mißbilligung des Verhaltens eines Menschen von dessen eigenem Interessenstandpunkt aus, Hauptbedeutung in § 254.

3. M. Rümelin, A.civPr. **90** 307 ff., 333 ff.: Wenn nicht beide Handlungen im adäquaten Zusammenhange mit dem Erfolge stehen, liegt gar kein Mitwirken vor, der Anwendungsfall des § 254 ist also gar nicht gegeben; das Verschulden des Geschädigten muß sich nicht auf den betreffenden, ihm selbst schädlichen Erfolg bezogen haben; das Verschulden des Geschädigten ist die Abweichung von einem bestimmten Normaltypus, vom Verhalten des redlichen und verständigen Mannes (vgl. **RG.** Seuff. A. **55** 160); die Frage der vorwiegenden Verursachung ermöglicht, den quantitativen Uebergängen von der ganz minimalen Begünstigung zur bloß sehr geringfügigen Begünstigung gerecht zu werden und das beiderseitige Verhalten auch ethisch zu würdigen; daß auch das eigene Verhalten eines Unzurechnungsfähigen zu berücksichtigen ist, ergiebt sich aus § 829: unter Verschulden des Unzurechnungsfähigen kann man jedes Verhalten verstehen, das bei zurechnungsfähigen Personen Verschulden wäre (vgl. dazu LG. Karlsr. Bad. Rechtspr. **01** 201); nur kann den Unzurechnungsfähigen die Verpflichtung, den Schädiger auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, nicht treffen; inwieweit der Beschädigte nach § 254 Abs. 2 zum Aufmerksammachen, zum Abwenden, zum Mindern verpflichtet ist, kann nur nach der Regel des Lebens, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, entschieden werden; vgl. Wendt, A.civPr. **87** 441 ff.

Titze, Unmöglichkeit 134 ff.: Weil „Verschulden" im Sinne des BGB. niemals identisch ist mit bloßer Verursachung, läßt sich auf § 254 selbst eine Herabsetzung der Schadensersatzpflicht des Schuldners nur dann gründen, wenn der Gläubiger schuldhafter Weise sich an der Ausdehnung des Schadens betheiligt hat; weil aber allgemein, über den § 254 hinaus, das Prinzip gilt, daß der Schuldner nur zu haften hat für den durch adäquaten Kausalzusammenhang entstandenen Schaden, und weil auch das schuldlose Eingreifen des Gläubigers dem Schaden den Charakter des Regelwidrigen verleihen kann, so vermag der Richter unter Umständen auch bei bloßer Verursachung des Ueberschadens durch den Beschädigten die Haftung des Schuldners nach § 287 CPO. zu mindern; danach beantwortet sich auch die Frage, wie weit der Schuldner zu haften hat, wenn ein culpa-unfähiger Gläubiger den Schaden vergrößert.

4. v. Weinrich, Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tödtung eines Menschen (2) **02** 85 ff.: In § 254 ist Verschulden im Sinne des § 276, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorausgesetzt; demgemäß kann das Verhalten eines Geisteskranken nicht als Verschulden angesehen werden, § 829 muß auf die Haftpflicht

der Geisteskranken beschränkt und kann nicht auf ihre Ersatzansprüche ausgedehnt werden; das Verschulden kann sich nur auf das Verhalten dem Thäter gegenüber, braucht sich aber nicht auf die Verletzung zu beziehen; für die Verpflichtung zum Ersatze, sowie dessen Umfang ist die Verursachung des Schadens und nicht der Grad des Verschuldens von der einen oder anderen Seite von Bedeutung.

RG. 51 275 ff., JW. **02** Beil. 234. Die Grundsätze des § 254 kommen überall, wo jemand aus irgend einem Grunde zum Schadensersatze verpflichtet ist, zur Anwendung, soweit nicht besondere Vorschriften entgegenstehen. Das Verschulden setzt auch hier nicht unbeschränkte Geschäftsfähigkeit voraus; auch in dieser Beziehung kommt auf Personen, die das siebente, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben, § 828 Abs. 2 zur Anwendung. — Auch auf den Fall des § 833 ist § 254 anwendbar. Zwar kann hier, sobald ein Verschulden auf Seite des Tierhalters nicht in Frage steht, eine „Kompensation" von beiderseitigem Verschulden nicht stattfinden, wohl aber das Maß der Verschuldung auf Seite des Verletzten von Bedeutung sein.

„Verschulden" liegt auch bei einem Verhalten deliktsunfähiger Personen dann vor, wenn das Verhalten bei einem Deliktsfähigen als Außerachtlassung der gewöhnlichen Vorsicht bezeichnet werden würde. AG. Pforzheim u. LG. Karlsruhe, Bad. Rechtspr. **01** 201; R. **01** 561 Nr. 2315.

5. Cohn, Gruchots Beitr. a. a. O. Der Abs. 2 betrifft nicht das konkurrirende Verschulden, er setzt im Gegentheil voraus, daß bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten nicht mitgewirkt hat. Er behandelt die Fürsorgepflicht des Beschädigten im Interesse des Schuldners. Hierbei ist aber nicht an ein Schuldverhältniß in engerem Sinne zu denken. — Der § 278 findet nur im Falle des Abs. 2 und nur im Interesse des Beschädigers, also auf die Hülfspersonen des Beschädigten Anwendung. Die „entsprechende" Anwendung bedeutet, daß der Beschädigte für Personen einzustehen hat, die befugt sind, ihn in Bezug auf den Gegenstand der Beschädigung zu vertreten, und soweit sie ihn vertreten. Es braucht hierbei aber kein Schuldverhältniß in Frage zu stehen. Anders v. Leyden a. a. O. 79—82.

RG. 52 351: Die Vorschrift des § 254 Abs. 2 beruht auf der Erwägung, daß es nicht nur Pflicht eines jeden ist, schädliche Eingriffe in eine fremde Rechtssphäre zu vermeiden, sondern auch Aufgabe jedes ordentlichen und verständigen Menschen, sich und das Seinige thunlichst vor Schaden zu bewahren. Wer, pochend auf die Schadensersatzpflicht eines anderen, jede Maßregel zur Abwendung oder Minderung eines ihm drohenden Schadens unterläßt, der verstößt wider Treu und Glauben, wenn er gleichwohl den vermeidlich gewesenen Schaden von dem anderen ersetzt verlangt. Dieser Verstoß gegen Treu und Glauben ist es, den das Gesetz in § 254 Abs. 2 als Verschulden bezeichnet. (Fall eines Wildschadens und Frage der Aufbesserung des schadhaften Zaunes).

v. Tuhr, DJZ. **01** 424 bezeichnet als unentbehrliche Ergänzung des Abs. 2 des § 254, daß der Vater dem Kinde selbst haftet, wenn es in Folge mangelhafter Aufsicht (§ 1631) körperlichen Schaden leidet.

RG. 46 207: Der für die Ersatzpflicht erforderliche ursächliche Zusammenhang wird vom Rechte nicht mehr anerkannt, wenn der Schaden von dem Beschädigten hätte abgewendet werden können und müssen. Wie weit dieser Rechtssatz greift, ist zwar nicht unbestritten. Ein Verschulden des Beschädigten ist Voraussetzung seiner Anwendung, und dieses Erforderniß ist auch im § 254 Abs. 2, das den nämlichen Rechtssatz anerkennt, zum Ausdrucke gebracht . . . Ein Verschulden des Beschädigten liegt jedenfalls dann vor, wenn er Maßnahmen, die ihm nicht nur zur Abwendung des Schadens zu Gebote standen, sondern deren Ergreifung ihm auch nach Lage der Sache und nach den geltenden Ver-

kehrsanschauungen billigerweise zugemuthet werden konnte, gleichwohl versäumte. Vgl. Seuff. A. **12** Nr. 255, **22** Nr. 26, 203, **23** Nr. 216, **27** Nr. 122, **31** Nr. 16, 213, **46** Nr. 189; ROHG. **2** 387, **13** 206.

Staub, Exkurs zu § 374 HGB. Anm. 59 folgert aus § 254 Abs. 2, daß der Käufer bei Vornahme des Deckungskaufs nach Treu und Glauben im Handelsverkehr zu verfahren hat. Vgl. **RG. 46** 408.

RG. DJZ. **02** 464: Zulässig erscheint der Deckungskauf auch dann, wenn nur ein Schaden wegen verzögerter Vertragserfüllung geltend gemacht wird, insbesondere, wenn der Deckungskauf zur Vermeidung eines noch größeren Schadens vorgenommen wird, § 254 Abs. 1.

6. Einzelne Fälle:

Wach, DJZ. **98** 66 bezweifelt die Anwendbarkeit des § 254 gegenüber der Schadenshaftung wegen Vollstreckung aus vorläufig vollstreckbaren Titeln. A. M. Heinitz, ebenda 54, Neumann, Vorb. zu §§ 249—254 Note 1.

Kisch, Unmöglichkeit 95. § 254 findet analoge Anwendung, wenn bei einem gegenseitigen Vertrage beide Theile gleichzeitig die Unmöglichkeit der einen Leistung zu vertreten haben.

Nach Wolff, Bau auf fremdem Boden 141 ist § 254 auf den Fall des § 912 nicht anwendbar (gegen Endemann II 291 Anm. 6).

Broh, DJZ. **01** 234 gegen Staub das. 160: Bei Nichtlieferung marktgängiger Waare kann der Verkäufer dem Käufer gegenüber einwenden, er habe sich billiger gedeckt oder decken können.

OLG. **2** 456 (Hambg.) verwirft den Einwand des wegen schuldhafter Beschädigung des klägerischen Gespanns Beklagten, die Beschädigung sei mit auf gleichzeitiges konkurrirendes Verschulden des klägerischen Kutschers zurückzuführen, als unzulässig, da in Ermangelung der Voraussetzungen des § 278 nicht davon die Rede sein kann, daß das Verschulden des Kutschers dem Kläger zuzurechnen sei.

Dagegen Rospatt, R. **02** 96: Der Herr habe das Verschulden des Kutschers nach § 831 zu vertreten, § 831 Abs. 1 stelle sogar eine Vermuthung für eigenes Verschulden des Geschäftsherrn auf. Diese Anwendung des § 831 erachtet Heuer (ebenda 147) für bedenklich, weil so der Herr das Verschulden jenes Kutschers sich selbst gegenüber zu vertreten haben würde, während § 831 von dem Schaden rede, den der Andere einem Dritten zufügt.

OLG. Celle, Seuff. A. **55** 401: Die schließlich wirkende Ursache des Unfalls lag in dem eigenen Verhalten des Beklagten; OLG. **3** 290 (KG.): Wer die Gefahr schuldhaft herbeigeführt hat, kann sich der Haftung für den beim Versuche, sie abzuwenden, entstandenen Schaden nicht schon deshalb entziehen, weil der Beschädigte keine Verpflichtung zum Eingreifen hatte; OLG. Naumb., R. **01** 464: Ein in Fahrt befindliches Schiff hat ein vor Anker liegendes angerannt, vgl. dazu § 92 des Binnenschiffahrtsgesetzes und §§ 734/739 HGB. und Cohn, Gruchots Beitr. **43** 97 ff., der die dem § 254 BGB. nachgebildete Abänderung des Art. 737 HGB. (alt) in den nunmehrigen § 735 („inwieweit vorwiegend verursacht worden ist") hervorhebt.

OLG. **4** 216 (Marienw.): Der zustellende Gerichtsvollzieher hat schuldhaft unterlassen, die Terminsnote zu übertragen und zu beglaubigen, und es ist dadurch die Einspruchsfrist versäumt; konkurrirendes Verschulden der Partei, die von der möglichen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand keinen Gebrauch macht.

RG. DJZ. **02** 215, vgl. OLG. **3** 290 (KG.): Kein mitwirkendes Verschulden des Verletzten, der zwar die Möglichkeit der Verletzung durch eigenes Eingreifen geboten, jedoch in Erfüllung rechtlicher oder sittlicher Pflicht zum Schutze Anderer gehandelt hat (Versuch, mit einem Wagen durchgehende Pferde anzuhalten).

BayrObLG. R. **02** 261: Der Umstand, daß der eine unmittelbar, der Andere mittelbar den Schaden verursacht hat, ist nicht ohne Weiteres ein Grund, nur den unmittelbaren Urheber für haftbar zu erklären.

Wenn der Miether den gefahrdrohenden Zustand des Miethobjekts durch eigene Nachlässigkeit herbeigeführt hat, kann er von dem Kündigungsrecht des § 544 keinen Gebrauch machen. **RG. 51** 210.

RG. JW. **02** Beil. 212. Zum Nachweis des eigenen Verschuldens genügt die Thatsache nicht, daß der Beschädigte zur Zeit des Unfalls betrunken gewesen ist. Hat er in der Trunkenheit nichts gethan, was einem nüchternen Menschen als fahrlässige Handlung anzurechnen sein würde, so ist die Trunkenheit auch nicht die Ursache oder Mitursache des Unfalls. Es muß deshalb nachgewiesen werden, daß das Verhalten des Beschädigten in seiner Trunkenheit zu dem Unfalle beigetragen hat. Erst dann kommen die §§ 254, 827 in Frage.

RG. JW. **02** Beil. 229. Der Miethsschuldner hat keine Rechtspflicht, sich um die Versteigerung seiner Sachen, die ein Gerichtsvollzieher wegen des gesetzlichen Pfandrechts seines Vermiethers vornimmt, zu bekümmern. Er darf darauf vertrauen, daß der Beamte gesetzmäßig verfahren und nur soviel Sachen versteigern werde, als zur Befriedigung des Gläubigers nothwendig ist.

H o e n i g e r, R. **01** 223: Der § 254 findet auf den Regelfall des Duells Anwendung. Das Gericht muß den gesammten Thatbestand nach der Schuldseite hin prüfen; in zahlreichen Fällen werden hier die Regeln des Taktes, des Anstands, der gesellschaftlichen Sitte entscheidend werden, — wogegen das Strafrecht der Gesellschaft und ihren Forderungen gleichen Einfluß nicht eingeräumt hat.

Daraus, daß jemand, der eine unverwahrte gefährliche Stelle bereits passiert hat, bei deren späterem Betreten verunglückt, folgt noch kein Mangel an eigener Vorsicht. (OLG. Dresden) R. **01** 175, 355.

Operationspflicht eines durch einen Unfall Verletzten s. B e r n h ö f t in seinen und B i n d e r's Beiträgen **1** 231: In der Weigerung, sich operieren zu lassen, kann ein Verschulden nach Abs. 2 liegen. Es kommt darauf an, wie sich ein sorgsamer, seiner Verantwortlichkeit voll bewußter Mann unter Abwägung der zu erwerbenden Vortheile und der Gefahr entschieden haben würde, wenn er selbst den Schaden zu tragen gehabt hätte. Aehnlich v. L e y d e n a. a. O. 76.

Sonderfälle s. in **RG.** JW. **01** Beil. 141 (Unfall auf einem Bahnsteig; Versuch in einen fahrenden Zug zu springen). Vgl. auch OLG. Darmst. Hess. Rechtspr. **2** 105, Puchelts Z. **33** 534; JW. **02** Beil. 381 (Unfall auf der Straße; Antrieb zu schnellem Fahren). — S. ferner JW. **02** Beil. 171, 193, 251.

§ 255. 1. O e r t m a n n, Vortheilsausgleichung 274 ff.: Das nach § 255 Abzutretende ist kein lucrum, sondern ein Surrogat des beschädigten Rechtsguts; es handelt sich also nicht um eine Anwendung der compensatio lucri cum damno; die Ansprüche sind abzutreten, nicht, oder doch nur ganz ausnahmsweise (280), anzurechnen; die bei der compensatio lucri erforderliche Einheit der Kausalität ist hier ersetzt durch die Einheit des Rechtsguts, auf das sich beide Ansprüche beziehen; auch der Versicherer ist Schadensersatzpflichtiger im Sinne des § 255; übrigens ist in den meisten Versicherungsverträgen dem Versicherten eine Abtretretungspflicht der Ansprüche gegen Dritte auferlegt, und im Seeversicherungsrechte findet sogar ein gesetzlicher Uebergang dieser Ansprüche auf den Versicherer statt, vgl. § 804 HGB. — Die Abtretungspflicht erstreckt sich auch auf rein persönliche Ersatzansprüche, insbesondere auf solche aus unerlaubten Handlungen, denn auch diese sind Ansprüche auf Grund des Eigenthums, nicht dagegen erstreckt sich diese Pflicht auf Ansprüche auf Grund einer besonderen obligatorischen Beziehung des Ersatzberechtigten Dritten gegenüber, z. B. auf Grund eines Versicherungsvertrags;

der zuerst auf Schadensersatz belangte Vertragsschuldner, z. B. der Aufsichtspflichtige kann Abtretung der Ansprüche gegen den Deliktsschuldner, z. B. den Dieb, verlangen, nicht umgekehrt, denn die Ansprüche gegen den Vertragsschuldner sind nicht solche auf Grund des Eigenthums; der ersatzleistende Delinquent kann auch nicht auf Grund des § 426 antheilsmäßigen Regreß gegen den Vertragsschuldner nehmen; die Leistung des Deliktsschuldners befreit den Vertragsschuldner, nicht umgekehrt; der ohne Geltendmachung seiner Gerechtsame aus § 255 (Zurückbehaltungsrecht) Zahlung leistende Ersatzpflichtige kann nachher noch Abtretung der Ansprüche im Klagewege verlangen (a. A. Schollmeyer); die Abtretung der Ansprüche auf Grund des Eigenthums an beweglichen Sachen ist nicht nothwendig und auch nicht im Zweifel Eigenthumsübertragung.

Walsmann: „Compensatio lucri cum damno“, (Rostocker Inaug.-Diss. 1900): Praktisch rechtfertigt sich lediglich die konkrete — die abstrakte Werthung ganz aus dem Begriffe lösende — Auffassung des Vermögensschadens: Vermögensschaden ist die konkrete Einbuße, die das Rechtssubjekt an seinem Vermögen in Gestalt des Verlustes oder der Beschädigung einzelner Vermögensbestandtheile erleidet, 11, 16; nur bei dieser Auffassung hat es Zweck und innere Berechtigung, den Schaden nach seinem Inhalte zu untersuchen, denn der Schaden als Resultat der Vergleichung, als reine Werthgröße gedacht, ist seiner Beschaffenheit nach immer gleich, 29; zum Schadensersatze verpflichtet sein, heißt nicht: rechtlich gebunden sein, den Schaden eines Anderen zu beseitigen und eventuell Ersatz in Geld zu verschaffen; dann könnten die Folgen des schädigenden Ereignisses als solche, insbesondere die vortheilhaften Folgen, keine Berücksichtigung finden, und es wäre für eine compensatio lucri cum damno kein Raum; zum Schadensersatze verpflichtet sein heißt vielmehr: für die Folgen seines Verhaltens einstehen müssen, 33 f.; deshalb erscheinen die gesammten Folgen als etwas Einheitliches, Zusammengehöriges, und deshalb müssen, wenn es zur Ausgleichung in Geld kommt, die die Nachtheile und die Vortheile darstellenden Geldbeträge gegeneinander aufgerechnet werden, 36 f.; alle Kausalitätstheorien kommen im Grunde auf dasselbe heraus: überall condicio sine qua non, überall praktische Würdigung des Einzelfalls, 41 ff.; für die Zurechnung von Nachtheilen ist die adäquate Kausalität im Sinne der objektiven, nachträglichen Prognose zu Grunde zu legen, für die Vortheile dagegen der reine unbeschränkte Kausalzusammenhang, 44 ff.; der Einwand des Schadensersatzpflichtigen, durch sein Verhalten seien dem Berechtigten Vortheile entstanden, die er herausgeben müsse, ist immer Einrede im Sinne des BGB. Eine Berücksichtigung der Vortheile von Amtswegen findet niemals statt; die Einrede wirkt bei der Naturalrestitution dilatorisch, bei der compensatio lucri cum damno peremptorisch, 50 f.; wo Vortheil und Nachtheil nicht durch ein und dieselbe Handlung bzw. Verhalten entstanden sind, ist die compensatio lucri cum damno prinzipiell zu verwerfen, 52.

2. Vgl. über compensatio lucri cum damno Rümelin, A.civPr. **90** 267 ff. und 325; und darüber, daß im Falle des § 325 die vertretbare Unmöglichkeit der Leistung die andere Partei von der ihr obliegenden Gegenverpflichtung nicht frei macht, also keine compensatio lucri cum damno anzunehmen ist, Oertmann, Vortheilsausgleichung 51 ff. und Kisch, Iherings J. **44** 104, siehe zu § 325.

3. Zweck dieser Bestimmung ist, daß derjenige, der für den Verlust von Sachen oder Rechten Ersatz erhalten hat, nicht noch einmal Ersatz von dritter Seite erlangen soll, so daß er bereichert werde. Darum hat der Verwahrer, der für den Verlust der Sache aufzukommen und dem Eigenthümer der Sache Ersatz geleistet hat, Anspruch gegen den Eigenthümer auf Abtretung des Eigenthums oder Ersatzanspruches gegen den Dieb, deshalb hat die Versicherungs-

gesellschaft, die für die abgebrannte Sache Ersatz geleistet hat, Anspruch auf Abtretung des Ersatzanspruches gegen den Brandstifter. Hat aber jemand einem Andern durch ein rechtswidriges Verhalten Schaden zugefügt und ist dieses Verhalten gleichzeitig die Grundlage gewesen für den Abschluß eines Vertrages, welcher dem Verletzten Vortheile zuführt, so kann der Thäter bei Ersatz des Schadens wohl Ausgleichung mit Rücksicht auf die dem Gegner entstandenen Vortheile, nicht aber Abtretung der Ansprüche aus dem Vertrage verlangen.

RG. v. 3. 5. 02, SächsA. **12** 723, s. a. JW. **02** Beil. 245.

§ 257. **RG. 47** 125: Prinzipiell kann zwar der Kommissionär, wie jeder Beauftragte, nur Befreiung von der für Rechnung des Kommittenten eingegangenen Verbindlichkeit verlangen, nicht Zahlung des von ihm geschuldeten Betrags zu seinen Händen. Es entspricht jedoch vielfach dem Auftragsverhältniß, insbesondere regelmäßig der kaufmännischen Kommission, daß die Befreiung durch Zahlung des Beauftragten an seinen Gläubiger erfolgt, und daß der Auftraggeber ihm zu diesem Zwecke, entweder vor Eingehung der Verbindlichkeit den erforderlichen Vorschuß oder nachträglich die erforderliche Deckung leistet.

§ 258. Klein, JW. **02** 646 legt dar, daß „Einrichtung" jede bewegliche Sache sein kann, die mit einer andern Sache (Hauptsache) verbunden wurde, um deren wirthschaftlichem Zweck zu dienen, mag nun diese Verbindung eine wesentliche oder unwesentliche oder gar nur zu einem vorübergehenden Zwecke geschaffen worden sein.

§ 259. 1. Treitel, Ueber die Rechenschaftsablage nach dem BGB., A.bürgR. **14** 1 ff. erörtert (7 ff.) die Bedeutung von „Rechenschaftsablage" und „Rechnungslegung" und kommt zu dem Schlusse, daß nach BGB. beide ihrem Wesen nach identische Begriffe seien.

a) Zu Abs. 1. Eine Rechenschaftspflicht besteht überall, wenn und soweit Jemand mit oder ohne Absicht für einen Anderen Geschäfte besorgt hat. Hierzu gehören auch diejenigen Fälle, in welchen Jemand eine Sache mit Früchten herausgeben muß oder aus ungerechtfertigter Bereicherung oder auf Grund unerlaubter Handlung in Anspruch genommen wird und die Sachlage nach richterlichem Ermessen eine Rechnungslegung erfordert (33). Bei einer mit Einnahmen und Ausgaben verbundenen Verwaltung muß die Rechenschaftsablage auf Erfordern des Berechtigten ohne Angabe weiterer Gründe in der im § 259 vorgeschriebenen Form erfolgen, während diese Form sonst nur beim Vorhandensein genügender Gründe nach richterlichem Ermessen beobachtet zu werden braucht (41). Ueber Verjährung, Uebertragbarkeit, Vererblichkeit, des Anspruchs auf Rechenschaftsablage (39 f).

b) Zu Abs. 2. Ein strikter Beweis hinsichtlich der mangelnden Sorgfalt ist nicht nöthig; ein Glaubhaftmachen genügt (46).

c) Ueber das Verfahren behufs Herbeiführung des Offenbarungseids sowie über das Monitur- und Defekturverfahren (42 ff).

d) Zu Abs. 3. Ob eine Angelegenheit von geringerer Bedeutung ist, kann nicht absolut, sondern nur nach den konkreten Umständen entschieden werden (46).

2. Isay, Geschäftsf. 130, führt aus, daß die Pflicht zur Rechnungslegung nicht bloß die Fälle einer Verwaltung, sondern alle Fälle einer Geschäftsführung umfaßt. Belege können auch zu Einnahmeposten gehören.

3. Aus der Praxis:

RG. 47 100 ff. und in Seuff. A. **57** 30: Wortlaut und materieller Inhalt des § 14 des Waarenzeichenges. v. 12. 5. 94, des § 35 des Patentges. und des § 18 Abs. 1 des Gesetzes v. 11. 6. 70 einerseits und des § 15 des Waarenzeichenges. andererseits ist ein anderer; § 15 schafft nicht ein selbständiges Ausstattungsrecht als besonderes Genußgut, dessen sich ein Anderer unbefugt be-

dienen könnte; wer dieser Verbotsbestimmung zuwiderhandelt, hat sich nicht eines fremden Vermögensobjekts unbefugt bedient, — steht nicht gleich dem unredlichen Besitzer einer fremden Sache, — führt auch nicht ein fremdes Geschäft, sondern er handelt für sich; — nur aber, wenn die den Anspruch auf Entschädigung begründende widerrechtliche Handlung in der Benutzung eines fremden selbständigen Genußguts besteht, kommt in Frage, ob die aus der widerrechtlichen Handlung gezogene Bereicherung als Theil der Entschädigung oder als Entschädigung gilt; denn Entschädigung und Bereicherung sind rechtlich verschiedene Begriffe, jene umfaßt nicht ohne Weiteres diese; der Kläger aus § 15 kann nur Ersatz des ihm entstandenen Schadens und des ihm entgangenen Gewinns verlangen, hat also keinen Anspruch auf Rechnungslegung über den Gewinn, den der Beklagte aus dem unlauteren Gebrauche der Ausstattung gezogen hat.

OLG. **2** 33 (KG.): Der Kommittent, der wegen des Kommissionsguts und wegen etwa ausstehender Forderungen Aussonderungsansprüche erheben will, kann, falls der Kommissionär in Konkurs gerathen ist, vom Verwalter und Gemeinschuldner Rechnungslegung verlangen.

OLG. **2** 18 (Hamb.): Ein allgemeiner Anspruch auf Rechnungslegung gegen einen Betheiligten besteht nicht. Eine Verpflichtung zur Rechnungslegung ist nur da gesetzlich begründet, wo Jemand fremde Geschäfte oder Geschäfte, die ihm mit einem Anderen gemeinschaftlich sind, führt. Der Verkäufer eines Geschäfts, der vom Käufer noch jährlich 20 pCt. Reingewinn beanspruchen kann, hat kein Recht auf Rechnungslegung.

OLG. **1** 460 (Hamb.): Kläger verlangte vom Beklagten Rechnungslegung mit der Behauptung, er habe dem Beklagten Gelder zur Verwahrung gegeben, wisse aber nicht die Höhe der hingegebenen Beträge, noch den Umfang der zurückgezahlten Beträge. Die Klage ist abgewiesen, da in solchem Falle eine Rechnungslegungspflicht nicht besteht. Kläger muß selbst das, was er zu bekommen hat, ermitteln und kann nur auf Zahlung klagen.

OLG. **2** 265 (Hamm): A. hatte vom Gemeinschuldner Geschäftsforderungen abgetreten erhalten, die er theilweise eingezogen hatte. Der anfechtende Konkursverwalter erwirkte Urtheil auf Rückgewähr der Forderungen, soweit sie noch bestanden, und Herauszahlung der erhobenen Beträge.

A. ist in diesem Falle zu einer Rechnungslegung nicht verpflichtet, da sich die Thätigkeit des A. nicht als eine Verwaltung der Forderungen bezeichnen läßt.

OLG. **4** 53, R. **02** 99 (Posen): Schadensersatzpflicht in Folge der mit Dritten abgeschlossenen Geschäfte verpflichtet noch nicht zur Rechnungslegung.

OLG. Dresden im R. **02** 148: Rechnungspflichtig ist auch derjenige, der in einer erheblichen Anzahl von Fällen, sei es auch nur auf Grund jedesmaligen besonderen Auftrags, Geschäfte geführt hat, mit denen Geldeinnahmen verbunden waren.

§ 260. 1) OLG. **2** 187 (Jena): Der Erbe, welcher von seinen Miterben Herausgabe seines Antheils am Nachlaßüberschusse begehrt, fordert einen Bruchtheil eines Inbegriffs von Gegenständen, daher kommt § 260 zur Anwendung; — der zur Zeit des Erbfalls mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft stehende Erbe ist weiter gemäß § 2028 verpflichtet.

RG. DJZ. **02** 475: Unterschied der Verpflichtungen aus §§ 2028 u. 2027.

2) OLG. Hamb., Seuff. A. **56** Nr. 124: Die Vorschriften der CPO. über Eidesleistung durch die gesetzlichen Vertreter der schwurpflichtigen Partei beziehen sich, wie § 889 CPO. ergiebt, nicht auf den Offenbarungseid des bürgerlichen Rechtes; keinesfalls ist der Eintritt des für die schwurpflichtige, inzwischen eidesunfähig gewordene Schuldnerin bestellten Pflegers in die ihr rechtskräftig auferlegte Eidespflicht begründet, weil die Leistung des Offenbarungseids eine Hand-

lung ist, die überhaupt nicht von einem Dritten, d. h. hier von einem Anderen als demjenigen, der das Verzeichniß gemacht hat, vorgenommen werden kann.

RG. im R. **02** 234: Feststellung der Eidesnorm durch das Prozeßgericht.

3) OLG. Celle im R. **6** 586: Inbegriff von Sachen bedeutet eine Mehrheit von Sachen, deren einzelne Gegenstände nicht näher bezeichnet werden können.

OLG. **5** 153 und R. **6** 461 (KG.): Der auf Herausgabe seiner Sache klagende Eigenthümer muß die Sache nennen, im Falle einer besonderen neben dem Eigenthumsanspruche bestehenden Verpflichtung zur Herausgabe eines Inbegriffs von Gegenständen genügt die deutliche Bezeichnung des Inbegriffs.

§ 261. Die Norm des Eides aus § 261 muß der dem Prozeßgerichte zustehenden vorgängigen Entscheidung in der Sache selbst angepaßt und schon deshalb durch das Prozeßgericht festgestellt werden. Der Nothwendigkeit der Anpassung der Eidesnorm an die Lage des einzelnen Falles trägt auch § 261 Abs. 2 Rechnung, wonach das Gericht eine den Umständen entsprechende Aenderung der in § 260 Abs. 2 vorgesehenen Norm des das Verzeichniß eines Inbegriffs von Gegenständen betreffenden Offenbarungseids beschließen kann (vgl. **RG. 11** 395, **34** 406, Reincke, CPO. (4. Aufl.) zu § 889 Abs. 2 unter b, c). **RG.** JW. **02** Beil. 193. Vgl. auch R. **02** 586 Nr. 2644 (OLG. Celle): Vor dem Prozeßgericht I. Instanz ist nach § 889 CPO. der Eid dann zu leisten, wenn der Schuldner nach dem bürgerlichen Rechte zur Leistung verurtheilt wird und nicht ein besonders geregelter Fall — vgl. § 2006 — vorliegt.

§ 262. 1. Hellwig, Anspruch 101 ff.: Alternative Anspruchskonkurrenz, d. h. sich gegenseitig entgegengesetzt bedingende Ansprüche eines Berechtigten gegen denselben Schuldner liegt vor a. im Falle der alternativen Obligation (§ 262) und b. im Falle der sog. facultas alternativa, d. h. dem Falle, daß ein primärer Anspruch auf die eine Leistung besteht, der Gläubiger aber die Befugniß hat, statt ihrer eine andere Leistung zu fordern. Wird die primäre Leistung gemacht, so erlischt das Wahlrecht unbedingt. Wird dieses ausgeübt, so geht der erste Anspruch dadurch unter, daß der Anspruch auf die Ersatzleistung, der bis dahin als suspensiv bedingter bereits existirte, unbedingt wird. Während bei der obligatio alternativa das Verlangen der einen Leistung den Anspruch auf die andere vernichtet (§ 263[2]), büßt der Gläubiger bei der Obligation mit facultas alternativa durch das Verlangen der Primärleistung das Recht auf die Ersatzleistung nicht ein. Das unbedingte Verlangen der Ersatzleistung dagegen ist, vgl. § 340 Abs. 1 Satz 2, bindend. Das Gleiche gilt für ein bedingtes Verlangen, sofern die Bedingung eingetreten ist (z. B. wenn die primäre Leistung nicht binnen bestimmter Frist erfolgt).

Wann eine alternative Obligation, wann die alternative Ermächtigung vorliegt, ist Auslegungsfrage.

2. Chamizer, Natur, Gebiet u. Grenzen der Wahlschuld, Leipzig 1902:

A. Natur der Wahlschuld 1 ff.:

a) Bis zur Konzentration werden die mehreren Leistungen gleichmäßig geschuldet: es herrscht bis dahin nur Unbestimmtheit, welche Leistung geschuldet bleibt. Gegen Enneccerus-Lehmann I 377. Doch hat BGB. keine dem „utrumque in obligatione“ besonders eigenthümliche Konsequenz gezogen.

b) W.schuld besteht aus Mehrheit von Obligationen. Entgegengesetzte herrschende Lehre findet im BGB. keine Stütze; direkt entgegen steht ihr § 262.

c) Möglichkeit der W. ist subjektives Recht. Ihm entspricht, wenn Gläubiger oder Schuldner zu wählen hat, eine mangels besonderer Vereinbarung allerdings nur indirekt nach § 264 erzwingbare W.pflicht; bei W.recht eines Dritten dagegen nur, wenn er ausdrücklich die Verpflichtung übernommen.

d) Für die Beschaffenheit der wahlweise geschuldeten Leistungen ist nur erforderlich, daß sie in irgend einem Punkte von einander verschieden sind. Deshalb ist z. B. auch der Spezifikationskauf eine W.schuld (bei der die wahlweise geschuldeten Leistungen generell bestimmt sind), und nicht — wie nach herrschender Ansicht — eine Gattungsschuld.

B. Gebiet der Wahlschuld, 30 ff.: Entstehungsgründe sind sowohl Rechtsgeschäft als Gesetz. Ihrer Natur nach Wahlschulden sind Trödelvertrag und buchhändlerisches Konditionsgeschäft. Die im BGB. vorkommenden Fälle der W.schuld sind in der Literatur bisher (mit theilweiser Ausnahme von Leonhard, Iherings J. **41** 1 ff.) entweder ignorirt oder geleugnet worden. Es sind folgende Fälle: §§ 179 Abs. 1, 249 Satz 2, 251 Abs. 1 u. 2, 280 Abs. 2, 283 Abs. 2, 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 3, 281 Abs. 2, 286 Abs. 2, 462 in Verb. mit 465 u. 477 (vgl. auch § 634 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2), §§ 463, 480, 2307.

C. Grenzen der Wahlschuld, 53 ff. Nicht W.schulden sind:

a) Die Fälle, wo W. zur Bedingung erhoben. Steht Dritten das W.recht zu, so ist deshalb die Wahl noch nicht zur Bedingung erhoben.

b) Beschränkt — oder gemischt — generische Obligationen sind in aller Regel Gattungsschulden.

c) Alternative Ermächtigung des Schuldners. Gesetzliche, im BGB. enthaltene Fälle sind z. B.: §§ 244 Abs. 1, 257 Satz 2, 259 Abs. 2, 260 Abs. 2, 2028 Abs. 2, 2057, 264 Abs. 1, 528 Abs. 1 Satz 2, 775 Abs. 2, 1087 Abs. 2, 1142, 1192, 1200, 1712 Abs. 2, 1973 Abs. 2 Satz 1 u. 2 (vgl. 1974, 1989), 1992 Abs. 2 in Verb. mit 1990 Abs. 1 Satz 2, 2170 Abs. 2, 2170 Abs. 2 Satz 2, 2187 Abs. 3, 2288 Abs. 2 Satz 1, 2329 Abs. 2.

d) Alternative Ermächtigung des Gläubigers. Gesetzliche, im BGB. enthaltene Fälle sind z. B.: §§ 250 Abs. 1, 283 Abs. 1 Satz 1 u. 2, 340 Abs. 1 Satz 1, 342 zweite Satzhälfte, 634 Abs. 1, 843 Abs. 3, 844 Abs. 2, 845 Satz 2 in Verb. mit 843 Satz 3, 915 Abs. 1 Satz 1, 1088 Abs. 3, 1201 Abs. 2 Satz 2 in Verb. mit 1133, 1345 Abs. 1 (vgl. 1346), 1580 Abs. 2.

Alternative Befugnisse.

e) Ueber einen bergrechtlichen Fall der facultas alternativa s. **RG. 51** 275.

§ 263. 1. Hellwig, Anspruch 101 f.: Die Wahl entscheidet nicht darüber, welche von beiden Leistungen geschuldet wurde, sondern darüber, welche zum Zwecke der Erfüllung gemacht werden muß. Der nicht gewählte Gegenstand muß als von Anfang an nicht geschuldet angesehen werden; der auf ihn bis dahin bestehende Anspruch wird durch die wirkliche Wahl aufgehoben. Dem Inhalte des BGB. entspricht es danach, zwei ex eadem causa entspringende, in der Realisirung einander ausschließende Ansprüche als vorliegend zu betrachten.

§ 263 enthält nur einen dispositiven Rechtssatz; ein jus variandi kann also vorbehalten werden.

2. Leonhard, Iherings J. **41** 31 ff.: Die Wahl ist bei schwebender Bedingung oder Frist noch nicht zulässig.

Das praktische Bedürfniß fordert folgende — freilich nicht ganz unbedenkliche — Auslegung: die Wahlerklärung wirkt nur gegen den Erklärenden, aber nicht gegen den Gegner. Doch kann sich Jeder nach der Wahl die Vortheile dadurch sichern, daß er den Gegner in Verzug versetzt.

Die Wahl darf nicht unter einer Bedingung erklärt werden.

Bei mehreren Betheiligten muß die Wahl von allen und allen gegenüber erfolgen.

Wenn der Gläubiger das auf ihn übergegangene Wahlrecht ausübt, so treten die Wirkungen des Verzugs des Schuldners bezüglich der gewählten Leistung für die Zeit vor der Wahl nicht ein.

Rehbein II 74: Bei der Wahlerklärung ist konkret namentlich zu prüfen, ob sie zeitlich dem Vertrag entspricht. Grundsätzlich ist dies nur dann anzunehmen, wenn sie erklärt wird, sobald die Leistung gefordert werden kann und geschuldet wird.

§ 264. 1. Planck Note 3b, Goldmann-Lilienthal 141: Die Bestimmung der Frist ist erst zulässig, nachdem der Gläubiger in Verzug der Annahme gekommen ist; sie kann daher nicht mit dem Angebote der Leistung verbunden werden.

Uebereinstimmend: Leonhard, Iherings J. **41** 4: die Zulassung einer einzigen Erklärung widerspricht dem Wortlaut und vor Allem dem Interesse des Gläubigers; Rosenberg, ebenda **43** 269; Oertmann Note 3; Staudinger Note 3; Rehbein, II 78. A. A. Cosack I 292; Neumann Note 2, Schollmeyer Note 2.

Chamizer, Wahlschuld 24: Der nicht wahlberechtigte Schuldner kann analog HGB. § 375 Abs. 2 gleich mit der Stellung der angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl die eigene eventuelle Wahl verbinden.

2. **RG.** JW. **00** 155: Auch unter der Herrschaft des ALR. konnte der Gläubiger die Vollstreckungsklausel auf die eine oder andere der Alternativleistungen erwirken.

Steht dem Schuldner nach dem Schuldtitel die Wahl zu, dem Urtheilsanspruch durch Baarhinterlegung oder Bestellung von Faustpfändern zu genügen, und trifft er vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung diese Wahl nicht, so ist der Gläubiger berechtigt, die Zwangsvollstreckung gemäß §§ 803 ff. CPO. auf Beitreibung des Geldes zwecks Baarhinterlegung zu richten, OLG. **1** 45 (Posen).

§ 265. 1. Neumann Note B II 2: Hat der wahlberechtigte Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten, so beschränkt sich zwar das Schuldverhältniß auf die übrigen Leistungen, und der Gläubiger ist dem Schuldner schadensersatzpflichtig. Der Gläubiger kann indeß in Erfüllung seiner Schadensersatzpflicht den Zustand, welcher ohne das schädigende Ereigniß eingetreten wäre, dadurch herstellen, daß er die durch ihn unmöglich gewordene Leistung als Erfüllung der Verbindlichkeit gelten läßt. Vgl. Rehbein II 76 f.

2. Kisch, Unmöglichkeit 228 ff.: § 265 findet keine Anwendung, wenn nach der Parteiabsicht die mit dem Wegfall einzelner alternativ geschuldeter Leistungen aufhörende Wahlmöglichkeit zum wesentlichen Inhalte des Vertrags gehörte. Die Konzentration nach § 265 Satz 1 tritt bei theilweiser Unmöglichkeit einer Leistung nicht ein, wohl aber bei vollständiger Unmöglichkeit trotz eines etwaigen Surrogats nach § 281. Werden sämmtliche Leistungen unmöglich, so gilt der § 265 nicht, wenn die Unmöglichkeit hinsichtlich aller im gleichen Moment eintritt, wohl aber, wenn sie zu verschiedenen Zeitpunkten entsteht. Namentlich ist der wahlberechtigte Schuldner, wenn er die erste Leistung schuldhaft unmöglich macht, gemäß § 265 nicht entschädigungspflichtig, wenn später die zweite zufällig unmöglich wird. A. A. Rehbein II 76 ff.: Der Zufall bei der zweiten Leistung ist durch das Verschulden des Schuldners bei der ersten Leistung schädlich geworden: er hat nach §§ 275, 280 für die erste Leistung Ersatz zu leisten. S. auch Kleineidam, Unmöglichkeit u. Unvermögen 103.

Kleineidam, a. a. O. 28, 101 f.: Ist eine der wahlweis geschuldeten Leistungen nur theilweise unmöglich, so ist zunächst diese theilweis unmögliche unter dem Gesichtspunkte von § 139 BGB. zu prüfen. Stellt sich bei dieser Prüfung heraus, daß die theilweise Unmöglichkeit nach dem anzunehmenden

Parteiwillen die Aufnahme der Restleistung in das Wahlschuldverhältniß nicht gehindert hätte, so ist für Anwendung des § 265 kein Raum. Im entgegengesetzten Falle aber ist nunmehr § 265 in Erwägung zu ziehen.

Der die Konzentration des Schuldverhältnisses gemäß § 265 Behauptende hat nur die Unmöglichkeit der einen Leistung zu beweisen. Die Ausschließung der Konzentration in Folge Vertretungspflicht seitens des nicht Wahlberechtigten ist Sache des Gegenbeweises, § 282 ist nicht anzuwenden.

Chamizer, Wahlschuld 6 ff.: Wenn bei Wahlrecht des Schuldners die eine Leistung durch Verschulden des letzteren unmöglich geworden ist, darauf die andere Leistung durch Zufall unmöglich wird, so wird der Schuldner frei und braucht nicht das Interesse für die kulpos unmöglich gewordene Leistung zu erstatten. Gegen Schollmeyer Oertmann zu § 265, Titze, Die Unmöglichkeit 198 f., 203 ff., Kleineidam, a. a. O. 102 ff.

§ 266. 1. Leonhard, Die Aufrechnung 153. Das Verbot der Theilzahlungen geht nur so weit, daß der Schuldner nicht willkürlich die Leistung zertheilen darf, greift also z. B. nicht Platz, wenn ein Theil der Schuld hypothekarisch eingetragen ist, oder wenn der Gläubiger einen Theil eingeklagt hat.

2. Rosenberg, Iherings J. **43** 176 f. Die Ablehnung einer Theilleistung begründet keinen Verzug des Gläubigers; eine Theilleistung liegt auch vor, wenn der Schuldner die Hauptverbindlichkeit ohne Zinsen oder ohne den geschuldeten Schadensersatz anbietet. Vgl. Titze, Unmöglichkeit 152.

3. LG. Mainz, HessRspr. **00** 43. Der Gläubiger ist berechtigt, Theilbeträge der ihm zustehenden Forderung geltend zu machen und einzuklagen, ohne daß dem Beklagten der Einwand der sachlichen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts deshalb zustände, weil im Falle der Geltendmachung des ganzen Betrags das höhere Gericht zuständig wäre.

4. Lippmann, Iherings J. **43** 490 f.: Von Anwendbarkeit des § 266 auf die Fälle der Theilaufrechnung kann keine Rede sein. Da Aufrechnung überhaupt keine Leistung ist, sind Theilaufrechnung und Theilzahlung Gegensätze.

5. OLG. Breslau in Bresl. AKZ. **01** 31: Da die Hinterlegung ein Surrogat der Erfüllung ist, so findet § 266 BGB. auf sie Anwendung. Der Gläubiger ist also berechtigt, die Verweisung auf die hinterlegte Summe (§ 379 BGB.) abzulehnen, wenn diese das Kapital zusammen mit den bedungenen und den Verzugszinsen nicht deckt.

6. Thiesing, R. **02** 369: Aus § 266 folgt nicht, daß der Schuldner eine bloß theilweise Annahme zurückweisen und mit der vorläufigen Verweigerung der ganzen Leistung, so daß der Gläubiger in Gesammtannahmeverzug kommt, beantworten könne.

§ 267. 1. Kohler, Buschs Z. **24** 6: Wer dem Schuldner gegenüber die Zahlung übernommen hat, ist zur Aufrechnung berechtigt, auch wenn ihn der Gläubiger nicht als Schuldübernehmer an Stelle des bisherigen Schuldners angenommen hat.

2. Rosenberg, Iherings J. **43** 168 ff.: Das Angebot des Dritten genügt (außer in dem Falle des § 295), um den Gläubiger in Annahmeverzug zu setzen. Persönliche Leistung des Schuldners wird man nicht nur in den Fällen der §§ 613, 664, 691, 713 BGB. zu verlangen haben, sondern auch, wenn das Schuldverhältniß auf persönlichem Vertrauen beruht, oder wenn die Leistung gerade durch den Schuldner besonderen Werth hat. Konsequenz des § 267 ist § 424. Der Dritte ist auch zur Hinterlegung gemäß §§ 372 ff. ermächtigt (anders die herrschende Meinung, vgl. Rehbein II 80), 226 ff.

3. Puntschart, Grundschuldbegriff 103: Die Bestimmung des Abs. 1 ist für die juristische Konstruktion des Grundschuldbegriffs von Bedeutung.

4. Wolff, Komm. Anm. 2 zu § 75 ZVG. gegen Jaeckel, Anm. 2 zu § 75 hält zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers in der Zwangsversteigerung nicht nur denjenigen, dessen Rechte nach § 268 durch die Versteigerung gefährdet werden, sondern jeden Dritten mit der Wirkung der Einstellung des Verfahrens für berechtigt.

5. OLG. Breslau, R. **02** 556: Bewirkt ein Dritter die Leistung, so hat bei gegenseitigen Verträgen der Dritte dennoch ohne Abtretung keinen Anspruch auf die Gegenleistung, — auch wenn er seine Leistung an Bedingungen knüpfte (sie vinkulirt).

6. Ablehnung durch den Gläubiger in diesem Falle begründet also — abweichend vom gemeinen Rechte — keinen Annahmeverzug; 171. Vgl. LG. Kaisersl., R. **01** 174.

Scherer im R. **02** 327 erörtert im Anschluß an Meyer ebenda 247 die Bezahlung von Spielschulden des Sohnes durch den Vater und nimmt drei Möglichkeiten (Geschäftsführung ohne Auftrag, Auftrag, Schenkung) an. Gegen ihn Meyer a. a. O. S. 514.

7. Kohler, Handb. d. Patentr. 607: Von wem die Patentsteuer bezahlt wird, ist gleichgültig; das Patent wird durch irgend welche Zahlung aufrechterhalten; das Patentamt ist wegen der Vielheit der interessirten Personen nicht berechtigt, die Zahlung durch einen Dritten abzulehnen, wenn der Patentberechtigte der Zahlung des Dritten widerspricht; es ist in solchem Falle Sache des Berechtigten, auf sein Patent zu verzichten.

§ 268. 1. Weißbart, Das Befriedigungsrecht Dritter i. d. Zwangsvollstreckung, 1899:

a) Nur bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen kann der Dritte Gefahr laufen, durch sie ein Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung zu verlieren.

Die Gefahr des Besitzverlusts — nicht des Rechtsverlusts — ist an sich möglich bei der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen; soweit es sich um nicht vertretbare Sachen handelt, ist das Befriedigungsrecht zwecklos; soweit es sich um vertretbare Sachen handelt, ist es ausgeschlossen (9 ff.).

Im Arreste steht das Befriedigungsrecht dem Dritten zu, und zwar in entsprechender Anwendung des § 268 (12).

Das Befriedigungsrecht beginnt nicht mit dem Vollstreckungsauftrag oder -Antrage, sondern mit der Anwendung der Zwangsgewalt; es endet spätestens mit der Zwangsvollstreckung, bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen schon mit der rechtskräftigen Ertheilung des Zuschlags (15), bei gepfändeten Sachen nicht schon mit dem Zuschlag, aber doch schon mit der Veräußerung (17).

Bei der Eintragung der Zwangshypothek giebt es kein Befriedigungsrecht (18).

b) Der zur Widerspruchsklage (§ 771 CPO.) Berechtigte hat kein Befriedigungsrecht, auch wenn sein Recht oder sein Besitz in Gefahr ist.

Die Zwangsvollstreckungsordnung selbst muß das Recht des Dritten der Vernichtung entgegenführen, ohne daß eine vom Willen des Rechtsinhabers abhängige Rechtshandlung dies zu hindern vermag (21).

Die durch den guten Glauben eines Erwerbers drohende Gefahr des Gegenstandes berechtigt nicht zur Befriedigung (22).

Es genügt nicht, daß die Zwangsvollstreckung nur den Anlaß zur Gefahr des Rechts- oder Besitzverlustes bildet; daher hat der Besitzer eines Grundstücks grundsätzlich kein Befriedigungsrecht trotz § 93 des Zwangsversteigerungsgesetzes (24).

Vorzugsrechte, Zurückbehaltungsrechte berechtigen nicht zur Befriedigung des Gläubigers (25).

Dem Gläubiger gegenüber unwirksame Rechte gewähren das Befriedigungsrecht (25).

Dem Besitzer beweglicher Sachen steht es regelmäßig nicht zu, dem rechtlosen Besitzer nie.

Bei Angeboten mehrerer Befriedigungsberechtigten hat der Gläubiger die Wahl (38).

Ist der Gläubiger selbst noch weiter berechtigt, so giebt es kein Befriedigungsrecht Dritter (39).

c) Nach erfolgter Befriedigung des Gläubigers — gegebenen Falles durch Hinterlegung erzwungen — wird das Verfahren nach § 775 Nr. 4, 5 CPO. eingestellt; die Einstellung kann auch durch Widerspruchsklage auf Grund des ursprünglichen Rechtes oder Besitzes erzwungen werden (44 f.).

d) Der Uebergang der Forderung des Gläubigers auf den Dritten setzt voraus, daß die Befriedigung durch den Dritten in der Absicht erfolgt, fremde Schuld zu tilgen und an dem Schuldner sich schadlos zu halten (51).

Die übergegangene Forderung ist die Form des Ersatzanspruchs des Dritten gegen den Schuldner (48).

Den Gläubiger treffen alle Nachtheile, die ihn bei der Tilgung seiner Forderung ohne Uebergang getroffen hätten (54).

Das gefährdete Recht, der gefährdete Besitz kann gegen den Gläubiger beliebig benutzt werden, mag es auch bei bestehendem Rechte des Gläubigers ihm unschädlich gewesen sein — Retentionsrecht des Gläubigers — (55 f.).

Neben den Rechten aus dem gesetzlichen Uebergange steht dem Dritten mangels eines besonderen Verhältnisses zu dem Schuldner immer der Anspruch aus auftragloser Geschäftsführung gegen ihn zu (59).

Bei bestehendem Verhältnisse zwischen dem Dritten und dem Schuldner bleiben die Einwendungen des Schuldners aus diesem auch gegenüber der übergegangenen Forderung unberührt (60 f.).

e) Jedes Befriedigungsrecht Dritter hat seine Grundlage in einer mittelbaren, gesetzlichen Haftung, beschränkt auf ein Vermögensstück. Jeder gesetzliche Eintritt in fremde Rechte ist dann gegeben, wenn eine materiell fremde, formell eigene Haftung beseitigt wird. Wer für Dritte haftet, dem haftet der Dritte (63).

2. Knoke, Gesellschaft 110: Diese Bestimmung ist analog anzuwenden, wenn der Privatgläubiger eines Gesellschafters dessen Antheil am Gesellschaftsvermögen gepfändet hat und deshalb den übrigen Gesellschaftern die Kündigung und damit die Auflösung der Gesellschaft androht.

3. Linsmayer, Grund und Umfang d. Haftung wegen Benachtheiligung der Gläubiger (1900) 97: Durch § 7 AnfG. und § 37 der KO. wird dem Anfechtungsgegner die Verpflichtung auferlegt, zu Gunsten der Forderung des anfechtenden Gläubigers die Zwangsvollstreckung in die anfechtbar erworbenen Gegenstände bzw. zu Gunsten der Konkursforderungen ihre Verwerthung als Konkursmassegegenstände zu gestatten. Wer aber zu Gunsten einer Forderung die Zwangsvollstreckung in einen Theil seines Vermögens, sei es nun in eine einzelne Sache oder ein Recht, oder in eine Gesammtheit von Sachen oder Rechten gestatten muß, und im Falle der Unmöglichkeit dieser Gestattung in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes den Werth der Sachen oder Rechte ersetzen muß, erscheint in Ansehung der Forderung als persönlicher — wenn auch beschränkt haftender — Schuldner. Wer Schuldner ist, kann schon, ehe der Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt, denselben durch Zahlung, Aufrechnung und Hinterlegung befriedigen. Ist neben ihm ein anderer Schuldner, so geht die

Forderung des Gläubigers, im Falle seinerseits die Befriedigung des letzteren erfolgt, nicht nach § 268 Abs. 3, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 426 Abs. 2 des BGB. auf ihn über.

Meyer, Seuff. Bl. **65** 296: Befriedigt bei der Einzelanfechtung (§ 8 AnfGes.) der Anfechtungsgegner den Anfechtungsgläubiger, so geht dessen Forderung gegen den Schuldner kraft des Ablösungsrechts auf den Anfechtungsgegner über.

4. Francke, Seuff. Bl. **67** 238 (gegen Planck, Anm. 7 zu § 268): Die Worte „Der Uebergang kann nicht zum Nachtheile des Schuldners geltend gemacht werden" bedeuten nicht, daß die Theilstücke der Forderung nicht gleichen Rechtes wären.

5. Othmer, Die rechtl. Wirkung der Vormerkung 82: Auch dem Vormerkungsberechtigten steht dieses jus offerendi zu.

6. Eine dem ALR. § 46 I. 16 entsprechende Bestimmung, wonach auf den zahlenden Dritten die Forderung des bezahlten Gläubigers ohne jegliche Zession übergeht, ist dem BGB. fremd. OLG. Posen, PosMschr. **02** 106.

7. Lippmann, Iherings J. **43** 452 s. unter § 389.

§ 269. 1. Rehbein II 83 f.: Die Umstände können von selbst auf einen bestimmten Ort als den thatsächlich und rechtlich einzig möglichen hinweisen; bei solcher Sachlage ist auf widersprechende Vertragsabreden kein Gewicht zu legen. Vgl. **RG. 41** 361.

OLG. Naumb., R. **01** 464: Es ist nicht ohne Weiteres unzulässig, zu vereinbaren, daß für das begründete Rechtsverhältniß ein anderer Ort als der, an dem die Uebergabe und Abnahme der zu leistenden Waare erfolgt, als Erfüllungsort gelten solle.

Schefold, A.civPr. **87** 149 über die Inkongruenz zwischen § 269 BGB. und dem § 29 CPO., insofern nach dem BGB. jede Obligation ihren Erfüllungsort, nach der CPO. aber nur Vertragsobligationen ihren Gerichtsstand der Erfüllung haben.

RG. 51 312, JW. **02** Beil. 239: § 269 ist auch anwendbar, wenn die Leistung in einem Unterlassen besteht. Daß die Unterlassungspflicht nicht lokal beschränkt ist, ist unerheblich. Maßgebend ist der einheitliche Willensentschluß beim Vertragsschlusse.

2. OLG. Dresden, SächsAnn. **23** 592: Der für die Einzelgeschäfte vereinbarte Erfüllungsort gilt im Zweifel auch für die Forderung aus dem anerkannten Saldo bei laufender Rechnung.

Der Kommittent hat dem Kommissionär gegenüber am Erfüllungsorte des kommittirten Geschäfts zu erfüllen. **RG.** JW. **00** 271 Nr. 1 und Gruchots Beitr. **44** 871, vgl. **RG. 10** 90, **23** 415.

Bei Genuskäufen ist in der Regel die dem Käufer obliegende Annahmepflicht an dem Orte zu erfüllen, an welchem er zur Zeit des Vertragsabschlusses seinen Wohnsitz bzw. seine gewerbliche Niederlassung hatte. Der Umstand, daß der Käufer die ihm übersandte Waare zu Unrecht nicht abgenommen, sondern zurückgeschickt hat, ist für die Feststellung des Erfüllungsorts ohne Einfluß. **RG. 49** 75, JW. **01** 733, Beil. 146.

Der Verkäufer muß der mit Mängeln behafteten Kaufsache nachgehen und das zurückzuzahlende Kaufgeld an den Ort bringen, wohin die Kaufsache nach dem Vertrage geschafft worden ist; seine Schuld aus der Wandelung des Vertrags ist eine Bringschuld geworden; daran ändert der Untergang der Sache nichts, **RG.** JW. **00** 553 Nr. 6; Erfüllungsort für den Wandelungsanspruch ist der Wohnort des Käufers, dies folgt aus der Natur des Schuldverhältnisses, OLG. **2** 397 (Köln).

Leistungsort für den Einlagerer ist sein Wohnsitz oder seine Niederlassung zur Zeit des Vertragsschlusses. RG. R. **6** 148 u. DJZ. **02** 68, OLG. **3** 43 (Karlsr.).

Staub, Gruchots Beitr. **45** 219 folgert aus § 767, daß der Leistungsort der Hauptschuld auch der Leistungsort der Bürgschaftsschuld sei. A. M. RG. **34** 17 und Gruchots Beitr. **44** 1074; Türk, Gruchots Beitr. **44** 837; Neumann Anm. 3 zu § 765; OLG. Dresden, R. **01** 259.

Für Ansprüche des Zessionars gegen den Zedenten gemäß §§ 433, 437 ist nicht der Erfüllungsort der abgetretenen Forderung maßgebend. RG. JW. **01** 640, Beil. 141; s. auch OLG. **4** 24 (Karlsr.).

Jakobi, Die Werthpapiere im BGB.: Werthpapierschuld ist regelmäßig Holschuld, 127 ff.

Von dem Begriffe der Lieferung ist der der Ablieferung verschieden; die Ablieferung seitens des Verkäufers hat am Bestimmungsorte zu geschehen, und dieser schließt sich die Abnahme seitens des Käufers an; Erfüllungsort für die Abnahme ist der Ablieferungsort. RG. JW. **00** 12 Nr. 5, SächsA. **10** 41 und Seuff. A. **55** 337, s. auch OLG. **2** 250 (Posen).

Müntzel, Ueber den Ort der Erfüllung von Obligationen, (Erlanger Inaug.-Diss. 1899) 59: Bei Obligationen aus unerlaubten Handlungen ergiebt sich der Leistungsort aus der Pflicht zur Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zur Leistung verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der Schuldner wird daher den Leistungsort meist nicht kennen, da er nicht wissen kann, wo der Gläubiger die Sache ohne das Dazwischentreten der unerlaubten Handlung gehabt haben würde. Er muß daher den Leistungsort erst durch Anfrage bei dem Gläubiger feststellen. Letzterer ist zur unverzüglichen Mittheilung verpflichtet.

Schon dann, wenn gewerbliche Niederlassung und Wohnung nur räumlich getrennt sind, mögen sie sich auch innerhalb desselben Stadtgebiets befinden, tritt der Ort der gewerblichen Niederlassung an die Stelle des Wohnorts.

Jeder Schiffsgläubiger kann dort sein Recht klagend geltend machen, wo das von ihm in Anspruch genommene Schiffsvermögen sich zur Zeit der Klagerhebung befindet. Seuff. A. **56** 284 (OLG. Hamb.), mit weiteren Citaten 287.

3. Die Bestimmung eines Leistungsorts ist

a) verneint: bei Vermerken über dem Erfüllungsort in Fakturen, Kommissionskopien, Katalogen und Preislisten, RG. JW. **01** 621 Nr. 14, OLG. Dresden, SächsA. **00** 60, vgl. daselbst **91** 468, **96** 226, OLG. Karlsr., BadRechtspr. **00** 239, OLG. Hamb., HansGZ. **01** 200; bei Klauseln „ab Oppeln“, „alles ab und zahlbar hier“, „franko Hamburg“, „frei Bahn“, „Waggon oder Kahn Hamburg“, „cf. Hamburg“, „cif. Hamburg“, „fob“ (free on board), „frei Waggon, netto Kassa bei Abgang“, RG., Holdheims Mschr. **00** 285; RG. **52** 133, JW. **02** Beil. 252; LG. Mainz, HessRechtspr. **1** 148; OLG. Hamb. im R. **02** 148; DJZ. **02** 56; OLG. **3** 92; OLG. **4** 26 (Hamb.); HansGZ. **01** 153 und R. **01** 465; bei Vermerk am Fuße des Bestätigungsschreibens in kleinem Drucke „Erfüllungsort für Lieferung und Zahlung ist N. N.“, RG. Holdheims Mschr. **00** 78;

b) bejaht: wenn der Verkäufer über den von seinem Agenten abgeschlossenen Vertrage dem Käufer ein Bestätigungsschreiben, in welchem die Bedingungen des geschlossenen Vertrags und die Bestimmung eines Erfüllungsorts hervorgehoben werden, übersendet und der Käufer schweigt, RG. SächsA. **10** 468; wenn der Käufer beim Abschluß des Geschäfts eine den Vermerk „Erfüllungsort Berlin“ enthaltende Kommissionskopie unterschreibt, KGBl. **01** 38; je nach Lage des einzelnen Falles, wenn der Besteller eine Klatschkopie der Kommissionsnote mit gedrucktem

Vermerke des Erfüllungsorts an Stelle eines besonderen Bestätigungsschreibens erhalten hat, KGBl. **01** 52 (KG.); wenn 37 mit einem Zahlungsorte versehene Rechnungen übersandt und von dem geschäftskundigen Schuldner angenommen sind, KGBl. **00** 100 (KG.), wenn bei jahrelanger Geschäftsverbindung gegen den auf den Fakturen angebrachten Vermerk nicht protestirt wird, OLG. Dresden, SeuffA. **56** 122, vgl. LG. Heidelb., BadRspr. **02** 35; a. A. **RG.** Bolze **12** 642; wenn ein Miethvertrag den Vermerk enthält: „Einziehung der Miethen erfolgt in Berlin", LG. I Berlin, KGBl. **00** 4, vgl. ferner KGBl. **02** 113, 114 (KG.).

Ist eine ausdrückliche Bestimmung über den Leistungsort nicht getroffen und der subsidiäre gesetzliche Erfüllungsort durch die Umstände ausgeschlossen, so ist dem Umstande, daß ein zur Franko-Lieferung nach einem anderen Orte verpflichteter Verkäufer die Waare auf seine Kosten versichern läßt, zu entnehmen, daß nach dem Willen der Parteien die Gefahr ihres Unterganges von dem Verkäufer zu tragen war, OLG. **3** 91 (Karlsr.).

RG. 49 424, JW. **01** 864, Beil. 162: Die Verpflichtung zur Rückgewähr des wegen Nichtigkeit des Kaufvertrags sine causa gezahlten Kaufpreises ist im Zweifel am Wohnsitze des Schuldners zur Zeit ihrer Entstehung zu erfüllen. Daraus, daß der Beklagte berechtigt ist, die Zahlung nur gegen Rückgabe der Waare zu leisten, folgt nicht, daß er verpflichtet ist, die Zahlung dort zu leisten, wo sich die Waare befindet.

4. Der gemiethete Stand in der Markthalle ist keine Handelsniederlassung. AG. I Berlin, KGBl. **00** 32.

5. Rosenberg, Iherings J. **43** 182: Ist der Erfüllungsort beim Schuldner und sendet dieser den Leistungsgegenstand an den Gläubiger auf dessen Verlangen, so muß der Gläubiger bei Vermeidung des Verzugs auch eine unfrankirte Sendung annehmen.

§ 270. 1. Hellwig, Vertr. 126: Abs. 2 und 3 des § 270 ist eine Norm, die, wenn sie nicht ausgesprochen wäre, — trotzdem als eine nach der Verkehrsauffassung selbstverständliche gelten müßte, und die auf andere Fälle, in denen der Schuldner zu schicken hat, anzuwenden ist.

2. Francke, Seuff. Bl. **00** 262: Eine auf mehrere Erben vererbte Geldforderung kann durch gerichtliche Hinterlegung erfüllt werden, wenn nicht die Erben einen Empfangsbevollmächtigten am letzten Wohnorte des Erblassers bestellen.

3. OLG. **3** 44 (Frankf.) u. Seuff. A. **57** 326: Die Schuld des Wechselsregreßverpflichteten ist eine Bringschuld. Eine Präsentation zur Zahlung schreibt die Wechselordnung nur gegenüber dem Akzeptanten vor, während eine gleiche Vorschrift gegenüber dem Regreßpflichtigen nicht besteht, hier vielmehr lediglich die Notifikation des Vormanns durch Art. 45 Wechselordn. vorgesehen ist.

4. Schönfeld, R. **02** 393: Die Vertheilung der Beweislast beim Verlust einer Geldsendung: Den Abgang der Geldsendung hat der Schuldner zu erweisen, aber der Beweis der Nichtankunft belastet den Gläubiger. Dagegen Beer a. a. O. 504: Der Schuldner wird erst dann befreit, wenn die Zahlung wirksam geworden ist. Dies tritt erst mit dem Eintreffen der Geldsendung beim Gläubiger ein. Wie der Schuldner aber allgemein die Zahlung beweisen muß, so auch das Eintreffen des Geldes.

§ 271. 1. Hellwig, Anspruch 8: Die plus petitio temporis hat das Gericht bei der im § 331 Abs. 2 CPO. bezeichneten Prüfung auch ohne Anrufung von Seiten des Beklagten zu berücksichtigen, im Gegensatze zu dem Falle, daß Stundung vorliegt.

2. Rosenberg, Iherings J. **43** 180: Ein vorzeitiges Angebot braucht der Gläubiger nur im Falle des § 271 ^{2} anzunehmen, siehe § 299; ein nachträg-

liches Angebot muß der Gläubiger stets annehmen, sofern er nicht mit der Ablehnung ein Rücktrittsrecht ausübt.

3. Thiele, A.civPr. **89** 153: Kündigt der Gläubiger einen Theil der Forderung, so ist in der Regel der Schuldner für berechtigt zu erachten, die ganze Leistung vor der bestimmten Zeit zu bewirken, auch wenn es sich um ein verzinsliches Darlehen handelt.

4. Paech, Leistungsverzug 29 ff.: Ueber den Begriff der Fälligkeit.

5. Jacobi, Werthpapiere im BGB. 130: § 271 Abs. 2 findet auf Werthpapiere nicht Anwendung.

6. Aus der Praxis:

RG. JW. **00** 166: Unter Bezugnahme auf § 934 Tit. 11 Th. 1 ALR., wonach der Werkmeister die Arbeit sofort anzufangen und gehörig fortzusetzen hat, ist entschieden, es müsse, wenn mehrere Bestellungen von verschiedenen Kunden gemacht würden, deren Aufträge nicht gleichzeitig sofort angefangen und erledigt werden könnten, beachtet werden, daß der Werkmeister allen seinen Kunden die gleiche sorgfältige Thätigkeit zuzuwenden, sie also der Reihe nach zu befriedigen, verpflichtet ist.

OLG. Colmar, Zschr. f. Els.-Lothr. **26** 107: Ist beim Verkaufe von Waaren mit starken Preisschwankungen eine Lieferungsfrist vereinbart, so ist dieselbe nicht nur zu Gunsten des Bestellers, sondern auch des Verkäufers als gesetzt zu erachten, so daß der Besteller, wenn die Lieferung innerhalb dieser Frist durch Zufall unmöglich wird, eine spätere Lieferung nicht verlangen kann.

OLG. **4** 26 (Hamb.): Die Clausel „Zahlung Kassa" besagt nur, daß ein Zahlungsziel nicht bewilligt werde, und sie sagt damit positiv, daß der Kaufpreis gegen Lieferung der Waare zu entrichten ist. Der Natur des Distancegeschäfts und der Uebung des Handelsverkehrs aber entspricht es, daß die Fälligkeit nicht schon dann angenommen wird, wenn die Absendung erfolgt ist, sondern erst dann, wenn nach Ankunft der Waare am Erfüllungsorte der Käufer in die Lage gekommen ist, dieselbe auf ihre Kontraktlichkeit untersuchen zu können.

OLG. **3** 119 (Königsb.): Der Pflichttheilsberechtigte, der von dem Erben Auskunft verlangt, braucht hierzu keine Frist zu setzen; die Zeit der Leistung bestimmt sich vielmehr nach der allgemeinen Regel des § 271.

KG., R. **01** 589: Noch nicht fällige Wechsel ist der Schuldner zu zahlen nicht berechtigt, er darf dem Gläubiger nicht das Recht entziehen, die Wechsel vor der Verfallzeit weiter zu begeben und einen möglichen Kursgewinn zu erzielen.

OLG. Karlsr., BadRspr. **01** 187: Die Vereinbarung, daß nicht bar, sondern durch einen zahlungshalber hinzugebenden Wechsel die Schuld zu tilgen sei, enthält eine Stundung der Vergütung und damit den Ausschluß der Verzinslichkeit derselben.

OLG. Jena, Bl. f. Rpfl. i. Thür. **28** 55: In der Annahme eines später fälligen Wechsels liegt eine vertragsmäßige Hinausrückung der Zahlungspflicht der ursprünglichen Forderung, mit Rücksicht auf welche der Wechsel gegeben ist. Ist jedoch der hingegebene Wechsel nichtig, so ist auch die Befristung unwirksam.

Ueber die Beweislast, wenn der Beklagte einen mit aufschiebender Befristung vereinbarten Vertrag behauptet, vgl. zu § 158 unter 4c.

Abs. 2 enthält für eine Geldleistung aus einem gegenseitigen Vertrage nur eine Auslegungsregel, keine ergänzende Rechtsnorm. Marwitz, Urtheil in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach der CPO. 91.

§ 273. 1. a) Bendix, Privatr. 267: Nicht erfordert wird:

α. Gleichartigkeit der beiderseitigen Ansprüche, da nur Sicherung, nicht Befriedigung bezweckt wird;

β. Liquidität:

γ. als Gegenstand eine fremde Sache, da in Abweichung von dem § 536 I 20 ALR. auch eigene Sachen, Rechte, Handlungen zurückbehalten werden können, die Art der geschuldeten Leistung an sich nicht entscheidet.

Josef, A.bürgR. 15 277 behandelt die Frage, ob der Zurückhaltungsberechtigte Besitzschutz genießt.

Schoenenberg, Die Voraussetzungen der im § 273 Abs. 1 BGB. geschaffenen Retentionsbefugniß (Gießener Inaug.-Diss. 00/01): Es ist nur eine Fälligkeit im weiteren Sinne (ein an und für sich Berechtigtsein zum Verlangen einer Leistung) zu fordern, derart, daß das Entgegenstehen einer verzögerlichen Einrede, z. B. § 2014, nicht schadet 19. Zwischen den wechselseitigen Ansprüchen muß eine Entstehungsverwandtschaft bestehen, und zwar muß ihren Thatbeständen eine Reihe von Momenten gemeinsam sein. Konnexität liegt dann vor, wenn der Thatbestand des einen Anspruchs in dem des anderen aufgeht, 34, 38 f.; bei kompensationsfähigen Ansprüchen ist die Retentionsbefugniß begrifflich nicht ausgeschlossen, 45; Zweck des Retentionsrechts ist lediglich, dem Schuldner Sicherheit zu gewähren, 47; auf Grund eines verjährten Anspruchs kann Retention nicht ausgeübt werden, 51 ff., a. A. Rehbein II 91.

Hellwig, Anspruch 124, 354, 375: Der besondere Inhalt der im § 273 statuirten Einrede des Zurückbehaltungsrechts wird durch die materiell-rechtliche Vorschrift des § 274 genauer bestimmt; ebenso § 320 durch § 322 Abs. 1; das Retentionsrecht des Schuldners macht die Forderung des Gläubigers weder zu einer bedingten, noch hebt seine Existenz oder seine Geltendmachung die Fälligkeit der Forderung auf; das Zurückbehaltungsrecht geht auch durch den Annahmeverzug nicht unter, erst durch den Annahmeverzug, der nach der Verurtheilung eintritt, oder trotz erneuten Angebots fortdauert, verliert der Schuldner das Recht auf diese Art der Erfüllung.

b) OLG. 2 355 (Karlsr.): Unter „demselben rechtlichen Verhältniß" ist nicht nur ein durch einen oder mehrere Verträge begründetes, sondern auch ein sonstiges, z. B. durch Eigenthum einerseits und Besitz andererseits, sowie durch Verwendungen des Besitzers auf den Gegenstand begründetes, rechtliches Verhältniß, aus welchem Ansprüche bezw. Verpflichtungen auf Herausgabe einerseits und auf Ersatz andererseits entspringen, zu verstehen.

OLG. 2 354 (Hamb.): Unter „demselben rechtlichen Verhältniß" ist nicht nur ein bestimmtes einzelnes rechtsgeschäftliches Verhältniß zu verstehen, aus dem die Leistung und die Gegenleistung in gegenseitiger Bedingtheit geschuldet werden. Vielmehr fällt darunter auch die natürliche, gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses, welche nicht minder, wie die rechtliche gegenseitige Bedingtheit, als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen läßt, wenn der eine Interessent von dem anderen die Leistung verlangt, die von ihm geschuldete Leistung aber seinerseits nicht gewähren will.

2. Regelsberger, Iherings J. 41 333: Das Zurückbehaltungsrecht nach Abs. 2 kann auch wegen eines verjährten Anspruchs ausgeübt werden. (Dies gilt auch für die Verweigerung der Herausgabe nach § 1000.)

RG. GoltdA. 48 123: Abs. 2 ist nicht auf den Fall zu beschränken, daß der herauszugebende Gegenstand den Schaden zu einer Zeit angerichtet hat, wo er sich im Besitze des an sich zur Herausgabe Verpflichteten befand.

KG., KGBl. 02 72: Die Vorschrift des Abs. 2 läßt, wenn anders sie nicht neben dem Abs. 1 als überflüssig angesehen werden sollte, nur die Deutung zu, daß für die Fälle der Verpflichtung des Schuldners zur Herausgabe eines Gegenstandes das Zurückbehaltungsrecht des Abs. 1 nicht unbedingt wegen aller aus demselben rechtlichen Verhältnisse herrührenden Ansprüche des

Schuldners gegen den Gläubiger, sondern nur wegen solcher gegeben sein soll, welche ganz bestimmte, in dem Abs. 2 bezeichnete Rechtsgründe haben.

3. Busch, DJZ. 02 307: Die Klage aus § 257 CPO. kann der Beklagte dadurch zur Abweisung bringen, daß er wegen eines konnexen Gegenanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht, dadurch wird der Gegenanspruch gemäß § 274 zu einer Gegenleistung, von der die Forderung des Klägers abhängig ist, es sei denn, daß der Kläger gemäß § 273 Abs. 3 die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwendet.

4. a) Pappenheim, DJZ. 02 86, Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen: Der Zwischensatz des Abs. 1 „sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein Anderes ergiebt" bedeutet lediglich, „sofern der Schuldner nicht nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses zur Vorleistung verpflichtet ist"; aus § 273 kann also die Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber den unpfändbaren Arbeits- oder Dienstlohnforderungen nicht gefolgert werden, und es darf auch nicht, wie OLG. 3 352 und R. 02 148 (Hamb.) will, dahin unterschieden werden, daß das Zurückbehaltungsrecht zulässig sei, wenn es sich um Schadensersatzverpflichtung des Arbeiters wegen eigenen Verschuldens (z. B. Unterschlagung) handelt, dagegen ausgeschlossen sei, wenn der Arbeiter für einen ohne sein eigenes Verschulden durch einen Dritten zugefügten Schaden vertragsmäßig einzustehen hat; die analoge Anwendung des § 394 aber verbietet sich wegen der Wesensverschiedenheit zwischen Aufrechnung und Zurückbehaltung: beim Zurückbehaltungsrechte handelt es sich um das Verhältniß innerlich zusammengehörender Ansprüche (Dernburg II 1 § 59 II), es beruht auf dieser Zusammengehörigkeit, und es läßt die einander gegenüberstehenden Forderungen auch nach seiner Ausübung neben einander selbständig fortbestehen; die Aufrechnung dagegen ist nicht abhängig von Konnexität der Forderungen und bewirkt das Erlöschen derselben, soweit sie sich decken, mit rückwirkender Kraft; die Aufrechnung gegenüber der unpfändbaren Forderung ist gerade um deswillen ausgeschlossen, weil sie dieselbe durch erzwungene Befriedigung des Gläubigers zum Erlöschen bringen würde: daraus kann also nicht die Ausschließung auch des die Gegenforderung nicht tilgenden Zurückbehaltungsrechts gefolgert werden; in den besonderen Voraussetzungen für die Entstehung des Zurückbehaltungsrechts sind auch die besonderen Gründe für seine Zulassung bei Ausschließung der Aufrechnung enthalten.

Zustimmend mit ähnlicher Begründung: Schmelzle, Seuff. Bl. 01 294 f. u. 305 und Redaktion des Gewerbeger. (Cuno) 5 Sp. 64, sowie OLG. 5 456 (Köln), Seuff. A. 58 217. S. auch OLG. 4 28 (Rostock).

Mit ähnlichen theoretischen Gründen gegen die Ausdehnung des § 394 Roß, JW. 02 602.

OLG. 2 352, Seuff. A. 57 92 (Hamb.): Eine Zurückbehaltung ist gestattet, wo die gegenseitigen Verpflichtungen auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhen, auch da, wo eine Aufrechnung ausgeschlossen ist. Damit sollte nur ausgedrückt werden, was schon das gemeine Recht kannte. Wo es dolos wäre, zu fordern, was man sofort wieder zurückgeben müßte, da ist die Retentionseinrede gegeben. Sie ist es aber nicht, wo die Natur des Rechtsverhältnisses eine Vorleistung des einen Verpflichteten vorschreibt, oder wo die eine Forderung ihrem Wesen nach der anderen zweifellos vorgehen muß.

Burchardt, DJZ. 00 264: Es wäre ein Widerspruch in sich, wenn der Dienstgeber den abverdienten Lohn dem ohne Grund fortgegangenen Arbeiter sollte einbehalten dürfen, solange die Vertragszeit läuft, ihm also ein Anspruch auf die Dienstleistung zusteht, aber unbedingt zahlen müßte, sobald die Zeit abgelaufen ist, obwohl ihm bedeutende Schadensersatzansprüche in Geld erwachsen sind.

Baum, KGBl. 02 45 löst abweichend von den vorigen unter Hinweis auf Metzger, DJZ. 02 47 die Schwierigkeit des Kompensationsverbotes dadurch, daß er annimmt: die Ansprüche, welche dem Arbeitgeber aus dem Arbeitsverhältnisse zustehen, brauchen nicht als selbständige Gegenansprüche geltend gemacht zu werden, es genügt, wenn aus ihnen lediglich das Nichtbestehen der Lohnforderung hergeleitet wird. Der Arbeiter kann aber nur dann den Lohn beanspruchen, wenn er seinerseits „vertragsgemäß" vorgeleistet hat. Hierzu genügt aber nicht Ausführung der Arbeit schlechthin, sondern nur unter Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Beschädigt er daher fahrlässig oder vorsätzlich Material, oder begeht er Delikte, so hat er nicht vorgeleistet. Ansprüche aus unerlaubten Handlungen, welche nicht mit dem Arbeitsverhältniß im Zusammenhange stehen, kann der Arbeitgeber gegenüber der Lohnforderung allerdings nicht geltend machen.

Die Streitfrage, ob die compensatio voluntaria zulässig ist, bejaht er.

b) Dagegen Gewerbeger. 5 104 f. Fuld: Aufrechnung und Zurückbehaltung stehen zu einander im Verhältnisse des Mehr und des Minderen; es ist mit den Absichten des Gesetzgebers nicht zu vereinbaren, daß zwar die unmittelbare Entziehung, die Aufrechnung ausgeschlossen, hingegen die mittelbare Entziehung, die Zurückbehaltung zugelassen sein solle.

Sinzheimer, Gewerbeger. 5 Sp. 137: Die Anwendung des § 273 auf das Recht des Arbeitsvertrags ist weder durch GewO., noch durch das Lohnbeschlagnahmegesetz ausgeschlossen; steht aber der Lohnforderung eine andere Geldforderung des Lohnschuldners gegenüber, so führt die Ausübung des Retentionsrechts zur Kompensation: hier kann mit „Ich halte zurück" nur gemeint sein „Ich rechne auf", und das Spezifische der Retention, — die Anregung des Schuldners zur Leistung, — fehlt: Der Gesetzgeber kann das Mittel nicht wollen, wenn er den Zweck, zu dem die Anwendung dieses Mittels führt, reprobirt; Retention findet also nur statt, wenn der Lohnforderung eine andere Forderung als eine Geldforderung gegenübersteht.

c) Boeckh, Gewerbeger. 6 Sp. 83: Das Zurückbehaltungsrecht, sofern es an einer Forderung ausgeübt werden soll, ist in Wirklichkeit gar nichts Anderes als eine Aufrechnung.

Löwenbach, R. 01 586 f.: Das Zurückbehaltungsrecht ist nur gegeben, „sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein Anderes ergiebt"; ein solches „Anderes" liegt vor, da § 115 GewO. bestimmt, daß die Löhne in baar auszuzahlen sind.

Lippmann, Jherings J. 43 538 f.: Ueber die Verwandtschaft zwischen Retention und Kompensation; gegen eine gesetzlich unpfändbare Forderung kann auch ein Zurückbehaltungsrecht nicht ausgeübt werden.

Goldschmidt, A.bürgR. 15 169 ff.: Ueber „den intrikaten, höchst gefährlichen Unterschied" zwischen Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrecht.

5. OLG. 2 57 (Hamb.): Ein erst nach dem 1. Jan. 00 geltend gemachtes Retentionsrecht richtet sich nach neuem Rechte, auch wenn der bezügliche Anspruch dem früheren Rechte angehört.

RG. 49 83: Der Ansicht, daß das Zurückbehaltungsrecht, soweit es als rein obligationenrechtlich zu gelten hat, und alle erheblichen Rechtsverhältnisse aus der Zeit vor 1900 herrühren, nach dem älteren Rechte zu beurtheilen sei, kann nicht beigetreten werden, soweit das Retentionsrecht auf eine nicht konnexe Gegenforderung gestützt wird; in einem solchen Falle werden die beiden Forderungen erst durch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts in eine rechtliche Beziehung zu einander gebracht, — erst durch dieses Ereigniß verändert sich der Inhalt der Forderung, gegen welche retinirt werden soll, in der entsprechenden Weise.

6. Einzelne Fälle:

Du Chesne, SächsA. **9** Heft 11: Dem Dienstherrn steht an den eingebrachten Sachen des Gesindes wegen etwaiger Ansprüche an dieses kein allgemeines Zurückbehaltungsrecht zu. Das Recht, bei synallagmatischen Verträgen die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zurückzuhalten (§ 320), kommt nicht in Frage. § 273 Abs. 2 trifft nur die Einzelfälle der Verwendung auf und der Schadenszufügung durch den Gegenstand und setzt außerdem einen Anspruch auf Herausgabe voraus. Ein solcher liegt nicht vor, vielmehr nur eine aus dem Besitze des Gesindes sich ergebende negative Verpflichtung des Dienstherrn, wie aller Anderen, sich jedes Eingriffs zu enthalten. Diese Verpflichtung ruht überhaupt nicht auf einem Rechtsgeschäfte zwischen Dienstherrn und Gesinde und daher auch nicht auf demselben rechtlichen Verhältnisse (Schuldverhältniß), auf dem die Verpflichtungen des Dienstboten aus dem Dienstvertrag oder etwaiger deliktischer Handlungsweise beruhen; es ist daher auch die Anwendung von § 273 Abs. 1 ausgeschlossen. Ebenso Nußbaum PrGO. Anm. 1 zu § 69. A. M. OLG. **4** 28 (Rost.).

Nach Isay, Geschäftsf. 162 hat der Geschäftsführer nicht ein Zurückbehaltungsrecht schlechthin.

Meyer, Seuff. Bl. **65** 296: Der Anfechtungsgegner hat bei der Konkursanfechtung für seinen Anspruch auf Erstattung der Gegenleistung — § 38 KO. — ein Zurückbehaltungsrecht; die Rückgewähr erfolgt von beiden Seiten Zug um Zug.

Berger, RAnwO. § 32 N. 2 ff.: Ueber das Zurückbehaltungsrecht des Rechtsanwalts an den Handakten; die Partei kann durch Sicherheitsleistung die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nicht abwenden.

Kohler, Handb. d. D. Patentr. 699 f.: Der Patentanwalt kann seinen Vergütungsanspruch auch durch Rückbehaltung der Handakten ausüben gemäß § 273, — dieses Zurückbehaltungsrecht kann also durch reale Sicherheitsleistung abgewendet werden.

OLG. Hamb., Seuff. A. **55** 1: Die Zurückbehaltung auf Grund einer erst im Laufe des Prozesses fällig gewordenen Forderung des Beklagten ist unzuläſsig. Der Beklagte verstößt gegen Treu und Glauben, wenn er aus seinem eigenen Verzuge seine Rechtslage zu bessern sucht.

RG. 49 424, JW. **01** 865, Beil. 163: Die Bestimmung des § 273 über das Zurückbehaltungsrecht des Schuldners, welches nur eine Einrede gegen den Hauptanspruch begründet, führt nicht zu der Annahme, daß auch bei der Anfechtung wegen Nichtigkeit — §§ 119, 123, 142 — stets Zug um Zug zurückzugewähren sei; **RG. 49** 83: der als Nachlaßschuldner belangte Miterbe kann wegen Mangels an Konnexität nicht nach § 273 zurückbehalten, weil die klagenden Miterben die geforderte Auskunftertheilung über den Stand des Nachlasses unterlassen haben.

Hellwig, Verträge 280 f.: Obwohl aus Verträgen auf Leistung an Dritte der Dritte nur berechtigt, nicht verpflichtet wird, können Retentionseinreden aus Ansprüchen gegen den Stipulanten nach § 334 gegen den Dritten geltend gemacht werden, wenn die das Zurückbehaltungsrecht stützenden Ansprüche in dem Vertrage vereinbart, oder für das betreffende Vertragsverhältniß gesetzlich begründet sind, auch in diesem Falle findet § 274 Anwendung.

OLG. Stuttg., DJZ. **02** 276: Uebernimmt ein Gesellschafter nach § 142 Abs. 2 HGB. das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven, so ist ihm der Antheil des ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen nach § 738 BGB. zugewachsen; hier darf der Ausscheidende die von ihm der Gesellschaft bezw. dem Uebernehmenden geschuldeten Leistungen nicht bis zur Aus-

zahlung der ihm zustehenden Abfindungsforderung zurückhalten: das würde die Verfügung über Gesellschaftsaktiven hemmen, die Fortführung des Geschäfts möglicher Weise lahmlegen und gegen Sinn und Zweck des § 738 verstoßen.

OLG. **4** 27, Seuff. A. **57** 180 (Kiel): Der Käufer ist berechtigt, das ihm auf Grund eines nichtigen Kaufvertrags übergebene Grundstück bis zur Rückgabe des angezahlten Kaufpreises zurückzubehalten. Unerheblich ist, ob der Verkäufer aus der Bereicherung klagt oder die Eigenthumsklage erhebt. Im letzteren Falle steht insbesondere § 986 BGB. der Zurückbehaltung nicht entgegen, denn die Rückgabepflicht des Käufers ist nicht die allgemeine des Besitzers im Verhältnisse zum Eigenthümer, sondern die besondere, die durch das vorausgegangene Schuldverhältniß begründet wird.

OLG. **4** 334 (KG.): Ein Zurückbehaltungsrecht an einem Grundschuldbrief wie an einer löschungsfähigen Quittung kann zwar durch Vertrag begründet werden. An sich kann dieses persönliche Zurückbehaltungsrecht auch der dinglichen Klage auf Herausgabe des Briefes entgegengesetzt werden, eine Wirkung im Konkurse wohnt ihm jedoch nicht bei. Vielmehr geht ein Zurückbehaltungsrecht, welches nach § 49 Abs. 4 KO. kein Absonderungsrecht gewährt, mit der Konkurseröffnung unter.

KG., KGBl. **02** 72: Gegenüber der Rückforderung der aus einem nichtigen Rechtsgeschäfte bewirkten Leistung kann nicht mit einem Anspruch aus § 829 BGB. aufgerechnet oder das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden.

RG., JW. **02** Beil. 246, DJZ. **02** 436 u. R. **02** 371: Aus den Vorschriften über Zug- um Zugleistungen in §§ 273, 274 kann nicht gefolgert werden, daß die Vorlage einer äußerlich fehlerfreien löschungsfähigen Quittung seitens des Löschungspflichtigen nicht genüge.

Ueber das Zurückbehaltungsrecht der Handelsreisenden s. Wolf in Bad. Rechtspr. **02** 41.

§ 274. 1. **RG. 51** 368, JW. **02** Beil. 246. Auch wenn der Schuldner im Annahmeverzuge ist, kann er nur zur Leistung Zug um Zug verurtheilt werden. Der Annahmeverzug kommt erst bei der Zwangsvollstreckung in Betracht.

2. Die Verurtheilung zur Leistung gegen Empfang der Gegenleistung stellt sich als ein minus gegenüber der unbeschränkten Verurtheilung dar, und die Bestimmung des § 274 Abs. 1 beruht auf der Annahme, daß der Gläubiger event. die beschränkte Verurtheilung will. Stellt sich diese Annahme im einzelnen Falle als unbegründet heraus, z. B. weil der Gläubiger nicht Kosten einer Beweisaufnahme über den Umfang des Gegenrechts riskiren will, so ist die Klage ohne weiteres abzuweisen, wenn das Gegenrecht begründet erscheint. Marwitz, Urtheil 8.

3. Vgl. im Uebrigen zu § 273.

§ 275. 1. a) Kisch, Unmöglichkeit: Die Unmöglichkeit ist ein Begriff von relativem Charakter. Ihre Abgrenzung von der bloßen Schwierigkeit ist Sache thatsächlicher Würdigung des Einzelfalls (12). Zu unterscheiden ist sie von der Nichterzwingbarkeit (14), ferner von der Unmöglichkeit der Annahme durch den Gläubiger (16). Dauernd ist sie, wenn sich ihr angesichts der Vertragszwecke rechtzeitiger Wegfall nicht absehen läßt (24). Die sog. zeitweilige Unmöglichkeit ist entweder eine vollständige oder überhaupt keine, unterliegt namentlich nicht den Grundsätzen von der theilweisen Unmöglichkeit (22). Zufällige Unmöglichkeit ist nicht gleichbedeutend mit unverschuldeter Unmöglichkeit, sondern nach der jeweiligen Haftungsgrenze bei einzelnen Schuldverhältnissen zu beurtheilen (36). Ob sie eine theilweise oder vollständige sei, richtet sich nach der Theilbarkeit der Erfüllung, diese wiederum nach der Natur der Leistung und den Zwecken des Vertrags (161 f.). Anlangend die Wirkung, so tritt die Befreiung in Folge Unmöglichkeit ipso jure ein (46).

Ubbelohde, A.civPr. 85 120, legt die Bestimmung dahin aus: Wie durch Unmöglichkeit der Leistung wird der Schuldner durch jedes Hinderniß der Leistung befreit, das zu überwinden er nicht vermag, oder — je nach der von ihm anzuwendenden Sorgfalt — zu überwinden nicht verpflichtet ist; während also der Schenker sich bei der Ueberwindung des Unvermögens weder eines Dolus noch grober Fahrlässigkeit schuldig gemacht haben darf (§ 521), darf der Verkäufer hierbei nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lassen.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung (1900): Objektiv unmöglich ist diejenige Leistung, die von Niemandem, subjektiv unmöglich diejenige, die zwar von Anderen, aber nicht vom Schuldner bewirkt werden kann (59); das Urtheil, eine Leistung ist subjektiv unmöglich, sagt weiter nichts, als daß eine theilweise (zeitweise) Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, insofern der Schuldner noch nachträglich leistungsfähig werden oder durch einen Dritten leisten kann; ist aber der Zeitraum der vertragsgemäßen Erfüllung verstrichen, so ist die Leistung total unmöglich geworden, es kann nicht mehr von subjektiver, sondern nur noch von objektiver Unmöglichkeit gesprochen werden (71 f.); de lege ferenda sind die Unterscheidungen von anfänglicher und nachträglicher, und somit auch von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit entbehrlich, die §§ 306/308 können gestrichen, und § 275 könnte dahin gefaßt werden: „Ist dem Schuldner zu Folge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, die Bewirkung der ihm obliegenden Leistung unmöglich, so ist er von seiner Leistungspflicht frei" (237 ff.); mit zweifelloser Sicherheit folgt aus § 306, daß der auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag gültig ist (73, 247) (nach Krug, Das unverschuldete Unvermögen, Inaug.-Diss. Breslau 1901, ist ein solcher Vertrag nichtig, 36 ff.); nicht aber folgt aus § 275 Abs. 2, daß der Schuldner bei ursprünglichem Unvermögen leistungspflichtig bleibt, also Schadensersatz zu prästiren hat: die hier bestehende Lücke im BGB. kann nur dahin ausgefüllt werden, daß der Rechtssatz über nachträgliche subjektive Unmöglichkeit auf die anfängliche subjektive Unmöglichkeit angewendet wird, d. h. der Schuldner wird von seiner Verbindlichkeit frei, wenn sein von Anfang an vorhandenes Unvermögen von ihm nicht zu vertreten ist (251 f.).

Kleineidam, Unmöglichkeit u. Unvermögen nach d. BGB.: Die Unmöglichkeit und das Unvermögen sind logisch verschieden. Die vernichtende Wirksamkeit der ersteren ist in der Logik begründet, die des letzteren bedarf einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift (4 ff., 46); die beiden Begriffe sind durchaus konkret und unter Berücksichtigung der im Schuldverhältnisse geforderten Kraftanstrengung sowie der Leistungszeit zu fassen (14, 29); unter dem „Umstande, dessen Folge die Unmöglichkeit ist", ist nur das unmittelbar die Unmöglichkeit herbeiführende Ereigniß zu verstehen, nicht die dieses Ereigniß veranlassende entferntere Ursache, es sei denn, daß diese das erstgedachte Ereigniß mit absoluter Gewißheit herbeiführen muß (86); §§ 275 ff. decken den Fall, daß die Unmöglichkeit während der Schwebezeit einer Bedingung eintritt, nicht direkt, sind aber im Allgemeinen analog anzuwenden (87 ff.); ein zufälliges Wiedermöglichwerden beseitigt die einmal begründete Befreiung des Schuldners nicht wieder, selbst wenn dieses Wiedermöglichwerden noch vor der Erfüllungszeit eintritt (96 ff.); war dagegen dieses Wiedermöglichwerden in der Natur der die Unmöglichkeit hervorrufenden Umstände begründet, so besteht die Leistungspflicht fort, falls nicht durch die scheinbare Dauer der Unmöglichkeit das in jedem Schuldverhältnisse gewährleistete Rechnenkönnen auf die Leistung illusorisch gemacht worden ist (97 ff.).

Die im § 275 Abs. 2 statuirte Gleichstellung des nachfolgenden Unvermögens mit der nachfolgenden Unmöglichkeit bezieht sich auch auf die folgenden Paragraphen (123 ff.).

b) Planck 49 Note 3: Bestand das Unvermögen schon bei der Entstehung des Schuldverhältnisses, also z. B. beim Abschlusse des Vertrags, so findet der Abs. 2 auch dann keine Anwendung, wenn der Schuldner damals im Stande war, sein Unvermögen zur Leistung zu heben, also z. B. den von ihm zu leistenden Gegenstand zu kaufen, und er später hierzu, etwa in Folge des Verlustes seines Vermögens, nicht mehr im Stande ist. A. M. Cosack, Lehrb. I 334. Wie Planck u. Schollmeyer 96 Note 3a, Rehbein II 156, Staudinger 37 Note 3; theilweise abweichend Dernburg II[1] 131 f.

Kleineidam, Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des BGB., Iherings J. **43** 105 ff.: Die obligationsmäßige Kraftanstrengung ist ein wesentliches Moment des Leistungsinhalts, eine höhere Anstrengung ist nicht mehr ein obligationsmäßiges Leisten, sondern ein aliud; es ist deshalb die Unterscheidung zwischen logischer und bloß juristischer Unmöglichkeit (so unterscheidet Titze a. a. O.) aufzugeben; dagegen folgt die von Titze und Biermann, A.civPr. **91** 75 bestrittene logische Berechtigung der Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen aus § 267, wonach die Vornahme der geschuldeten Leistung durch jeden beliebigen Dritten als durchaus obligationsmäßige Erfüllung wirkt, selbst wenn sie wider Willen des Schuldners geschieht, oder ohne sein Wissen; bei ursprünglichem Unvermögen des Schuldners ist der Vertrag gültig, weder § 306, noch § 275 Abs. 2 kann analog angewendet werden, der Gläubiger hat also zunächst nur eine Klage auf den ursprünglichen, von dem Unvermögen betroffenen Leistungsinhalt und einen Anspruch auf das Geldinteresse erst nach dem Urtheil auf dem Wege des § 283.

c) Hellmann: Zur Lehre von der nachträglichen Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte im A.civPr. **90** 363/439: §§ 275 und 306 bestätigen für die Unmöglichkeit der Leistung die Regel l. 3 § 2 D. 34, 8, quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non factis habentur, während anfängliches und nachträgliches Unvermögen des Schuldners verschieden wirken, insofern anfängliches Unvermögen der Gültigkeit des Schuldvertrags nicht im Wege steht.

Beispiele nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung:
- wenn die juristische Person, der Ausländer die Genehmigung zum Erwerbe nicht erhält, EG. Art. 86, 88,
- wenn ein öffentlich-rechtliches Erwerbsverbot (z. B. Erwerb gewisser Grundstücke durch Preußische Forstbeamte) ergeht,
- wenn der Gläubiger, dem Eigenthum verschafft werden soll, anderweit Eigenthümer wird,
- wenn concursus duarum causarum lucrativarum eintritt;

dagegen begründet es nach BGB. — abweichend vom RömR. — bei der Miethe, der Leihe, dem Verwahrungsvertrage keine ursprüngliche und keine nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung, daß der Miether, der Entleiher, der Verwahrer Eigenthümer ist bzw. wird, denn es handelt sich um rein faktische Leistungen (Gebrauchsgewährung, Aufbewahrung, Rückgabe); anders für den Pfandvertrag § 1205 Abs. 1, 429/436.

Der Begriff der Unmöglichkeit schließt alle diejenigen Fälle ein, in denen die Bewirkung der Leistung dem Schuldner vernünftiger Weise nicht zuzumuthen ist. In dieser Hinsicht ist § 242 maßgebend. Man kann daher sehr wohl dem Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten moralisch unmöglich machen. KGBl. **02** 97 (KG.) mit weiteren Nachweisen.

2. Der durch unverschuldete Unmöglichkeit von der Leistung freiwerdende Kontrahent ist schadensersatzpflichtig, wenn er dem Gegenkontrahenten gegenüber nicht so handelt, wie Treu und Glauben es erfordern. Diese Voraussetzung ist

schon dann gegeben, wenn eine alsbaldige Mittheilung von Umständen unterlassen wird, welche die Möglichkeit der Vertragserfüllung auch nur ernsthaft in Zweifel stellen. OLG. 3 8, Seuff. A. 56 392 (Hamb.).

3. Ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit macht ohne Rücksicht auf ein Verschulden schadensersatzpflichtig. OLG. 3 8, Seuff. A. 56 440 (Hamb.).

4. Einzelne Fälle:

OLG. 1 236 (Karlsr.): Anspruch auf Mäklerprovision bei Auftrag zum Grundstücksverkaufe „Fest und unwiderruflich für eine bestimmte Zeit", wenn der Eigenthümer innerhalb der Frist selbst verkauft. Gegen dieses Urtheil Rospatt, Gruchots Beitr. 45 546 ff.

OLG. Colmar, R. 6 43: Wenn die Zeitgrenze einer Lieferung als im Interesse beider Parteien festgesetzt anzusehen ist, muß die für eine Partei sich ergebende Unmöglichkeit, diese Zeitgrenze einzuhalten, einer dauernden gleich geachtet werden.

RG. Seuff. A. 57 440, JW. 02 Beil. 229: Ein Lieferungsvertrag mit der Klausel „Septemberladung cif. Weser ab Galveston" kann bedeuten, daß der Verkäufer nur zur Leistung einer Waare der vereinbarten Art, deren Septemberabladung cif. Weser ab Galveston objektiv möglich ist, verpflichtet sein soll: Dann wird der Verkäufer frei, wenn diese Septemberablabung durch von ihm nicht zu vertretende Umstände schlechthin unmöglich wurde.

§ 276. 1. Wendt, A.civPr. 87 422 ff. verlangt die Abmessung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nach einem objektiven, den individuellen Verhältnissen entsprechenden Maßstabe. Zu berücksichtigen sei: imperitia culpae adnumeratur, und ferner danach zu messen, was von Anderen in gleicher Lage (plerique ejus conditionis, habita ratione temporis, aetatis, sexus, valetudinis) im Durchschnitt beobachtet wird. Die Fahrlässigkeitsregel des § 276 gilt auch für deliktische Haftung, — während die Begünstigung des Einstehens nur für diligentia quam suis dem Verwahrer, Gesellschafter, Ehegatten nur als Schuldnern zu Gute kommt, innerhalb derjenigen Verhältnisse, welche die fraglichen Verbindlichkeiten erzeugt haben, sie also von deliktischen Haftungen nicht entlastet; — eine Definition der groben Fahrlässigkeit giebt BGB. mit Recht nicht.

Gegen Wendt, insbesondere gegen die ratio sexus Titze, Unmöglichkeit 79/82: er unterscheidet den „öffentlichen" Verkehr (des Einzelnen als Unbekannten mit der auch ihm unbekannten Menge, dem Publikum) und den „privaten" Verkehr (wo zwei, die sich kennen, und mit Rücksicht darauf, daß sie sich kennen, in Rechtsbeziehungen treten): Dort verlange „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt" eine objektive, hier eine subjektive Beurtheilung der schuldnerischen Deligenz.

Cohn, Gruchots Beitr. 43 395: Fahrlässigkeit ist der Mangel einer vom Gesetze geforderten Willensbestimmung; also zielt BGB. auch bei dem Vorsatz auf die Willensbestimmung ab: Vorsatz ist eine auf Herbeiführung des Schadens gerichtete Willensbestimmung.

RG. JW. 02 Beil. 263: Es ist im Einzelfalle zu prüfen, welche Sorgfalt derjenige Verkehr erfordert, der bei dem konkreten Verhältniß in Betracht kommt, ob z. B. die Sorgfalt eines ordentlichen Jägers verletzt ist.

OLG. Karlsr., R. 6 482, Bad. Rspr. 02 219: Die nach §§ 276, 823 zur Entschädigung verpflichtende Fahrlässigkeit umfaßt auch die Fälle der sog. leichten Fahrlässigkeit.

2. Rehbein II 100: Vorsätzlich handelt der Schuldner gegen das Schuldverhältniß, wenn er das Schuldverhältniß weiß, und weiß und will, was er thut, mit dem Bewußtsein, daß daraus die Verletzung des Schuldverhältnisses und die Schädigung des Andern folgen kann. Daß die Verletzung des Schuldverhältnisses und der aus der vorsätzlichen Handlung entstehende Schaden oder der

eigene oder fremde Vortheil gewollt wird, ist nicht erforderlich. Ist der Vorsatz auf die Verletzung und den Schaden gerichtet, der Schaden beabsichtigt, so liegt Arglist oder bösliche Handlung vor (dolus im eigentlichen Sinne); — 101: Der Maßstab, den der Verkehr — „die Geschäfte des Lebens" — an das Verhalten des Einzelnen anlegt, ist ein durchaus objektiver, auf Jeden berechneter; dadurch, daß im Verkehre von dem Künstler mehr als von dem Handwerker gefordert wird, wird der Verkehrsmaßstab kein subjektiver.

3. Staub, Guttentagsche Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag (1902) 33 f.: § 276 giebt nur eine Definition der civilrechtlichen Schuld, denn er sagt bloß: civilrechtlich schuldhaft handelt, „zu vertreten hat", wer vorsätzlich oder fahrlässig handelt. Nicht aber ist im § 276 der Grundsatz ausgesprochen: Eine Handlung oder Unterlassung vertreten heißt, den aus der Handlung oder Unterlassung entstehenden Schaden ersetzen müssen. Dann wäre § 286 gänzlich überflüssig, weil sich dann bereits aus § 276 in Verbindung mit § 285 ohne Weiteres die Schadensersatzpflicht ergeben müßte.

Dagegen Müller, R. **02** 542: Die Aufnahme der besonderen Vorschrift im § 286 ist schon dadurch allein gerechtfertigt, daß der Leistungsverzug außer der vertretbaren Rechtsverletzung eine Mahnung erfordert. Ueberdies liegt ein nach § 285 von dem Schuldner zu vertretendes Nichtkönnen der Leistung bei einem Unvermögen i. S. des § 279 vor, das kein Verschulden voraussetzt. Also kann Leistungsverzug vorliegen und folgeweise die Schadensersatzpflicht nach § 286 eintreten ohne schuldhafte Verletzung der Leistungsverbindlichkeit des Schuldners.

Vgl. auch Dernburg, DJZ. **03** 1 ff. und Kipp ebenda 253 ff.

Wie Staub **RG. 52** 19: Beim Kauf kann neben der Wandelung ein Schadensersatzanspruch bestehen und geltend gemacht werden, wenn die eine Vertragspartei schuldhafterweise ihre Vertragspflicht verletzt und hierdurch dem anderen Kontrahenten Schaden verursacht wird, der in der Wirkung der Wandelung nicht seine Deckung eingehend findet, und dessen Geltendmachung nicht eine besondere Gesetzesvorschrift entgegensteht. Es folgt dies aus § 276, der mangels anderweiter gesetzlicher Vorschrift nur so verstanden werden kann, daß der Schuldner den Schaden ersetzen muß, der durch sein vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln der anderen Partei erwachsen ist. Wollte man diesen Schluß nicht zulassen, so würde der einen allgemeinen Grundsatz aussprechende § 276 erheblich an Bedeutung verlieren, was nicht als von dem Gesetze gewollt angenommen werden kann.

4. Hoelder, R. **02** 217: Von Rechtswegen greift die Haftung für dolus unbedingt, für culpa in Ermangelung besonderer Bestimmung des Gegentheils und für casus nicht ohne besondere Bestimmung Platz. Eine etwaige Verkehrssitte, die gewisse Fälle des dolus nicht als Gründe einer Haftung behandeln, gewisse Fälle der culpa nicht rügen oder in gewissen Fällen des casus Ersatz fordern würde, würde, bis nicht aus ihr ein Gewohnheitsrecht hervorgegangen wäre, daran nichts ändern. Die Verkehrsübung ist entscheidend für den Inhalt der getroffenen privaten Bestimmung, soweit dieser nicht das Gesetz einen anderen Inhalt zuerkennt; sie kann aber nicht eine solche Bestimmung ersetzen.

5. **RG.** Gruchots Beitr. **46** 900, JW. **02** Beil. 194: Die Haftung für grobes Versehen kann im Voraus ausgeschlossen werden.

6. Einzelne Fälle.

BayrObLG., R. **02** 125: Es ist grobe Fahrlässigkeit, wenn in einem Gestüt ein hochgradig bösartiges Pferd nicht ausgemustert wird und die Bediensteten der mit Behandlung eines solchen Thieres verbundenen Gefahr ausgesetzt werden.

OLG. **4** 42 (Karlsr.): Der Unternehmer oder Verkäufer handelt fahrlässig, wenn er beim Vollzug eines Vertrags, bei welchem es sich um eine nur der

Gattung nach bestimmte Sache handelt, zwecks Erfüllung seiner Vertragspflicht ein mangelhaftes Stück liefert, und er muß nach §§ 276, 823 Schadensersatz leisten, wenn er dadurch das Eigenthum eines anderen widerrechtlich verletzt.

RG. JW. **01** 18: Rechtsmitteleinlegung gegen ungünstigen Bescheid einer Verwaltungsbehörde ist, — wenn nicht besondere Gründe vorliegen, — kein Erforderniß der im Verkehr üblichen Sorgfalt.

OLG. 3 27 (Hamburg): Klosettuntersuchung von Seiten des Vermiethers während der Miethzeit.

Kohler, Handb. d. Patentrechts 581 f.: Der Verkäufer eines Patents hat die Erfindung genau zu erklären, auf die thatsächlichen und rechtlichen Gefahren hinzuweisen, — auf etwaige Rückständigkeit der Patentsteuer aufmerksam zu machen, — in die konstruktiven Verbesserungen und Kunstgriffe einzuweihen und mitzutheilen, daß die verkaufte Erfindung nicht mehr unberührt, sondern durch andere Erfindungen gedrückt und geschmälert sei; insbesondere verstößt es gegen den guten Glauben, wenn der Verkäufer selbst eine unanfechtbare Erfindung, welche die veräußerte Erfindung über Bord wirft, im Rückhalt behält, — dagegen ist er nicht gehalten, Erklärung über unausgetragene, unfertige Erfindungen zu geben.

Josef, Gruchots Beitr. **44** 419 ff.: Die Vorschrift findet auch Anwendung auf die Haftung eines Rechtsanwalts für Versehen bei der Berufsausübung, insbesondere wegen Ertheilung eines unrichtigen Rathes. Auch diese Thätigkeit erfolgt auf Grund eines Dienst- (allenfalls auch Werk-)vertrags, §§ 611, 613, also aus einem Vertragsverhältnisse, so daß also die Beschränkung der Haftbarkeit aus § 676 hier keine Anwendung findet. Der Rechtsanwalt haftet vielmehr bei Ertheilung eines unrichtigen Rathes, Abgabe eines unrichtigen Gutachtens, unrichtiger Abfassung eines Antrags oder einer Klage nach der allgemeinen Vorschrift des § 276. Die bloße Thatsache, daß ein Gericht oder auch das höchste Gericht demnächst eine andere Rechtsansicht als die vom Rechtsanwalt angerathene oder der Klageschrift des Rechtsanwalts zu Grunde liegende für die richtige erklärt, begründet an sich also noch keine Haftung des Rechtsanwalts für Schadensersatz, dies am wenigsten bei Zweifelhaftigkeit des Gesetzes oder verwickeltem Sachverhalte. Folgt der Rechtsanwalt der herrschenden Rechtsmeinung, so kann es ihm nicht zum Vorwurfe gereichen, daß er eine spätere Aenderung der Rechtsansichten nicht voraussah, und ebensowenig, daß er sich bei eigenen Bedenken doch der herrschenden Ansicht anschloß; das Gleiche gilt, wenn er, wo die Auslegung noch schwankt, seiner eigenen gewissenhaften Rechtsansicht folgte. Dagegen liegt eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und hiermit die Ersatzpflicht vor, wenn der Rechtsanwalt bei Leistung seiner Thätigkeit klare Gesetzesvorschriften einfach übersieht oder bei Auslegung des Gesetzes die Ergebnisse der Rechtsprechung, die feststehende Meinung der Rechtslehrer und die Auffassung maßgebender Behörden unberücksichtigt läßt. Vgl. auch **RG. 52** 367 und Berger, RAO. Vorbem. zu §§ 30 bis 39 über Haftung des Rechtsanwalts aus dem Dienstvertrage mit dem Klienten.

Weyl, Die Haftung für Unfälle bei Leibesübungen. Civilr. Gutachten zur Lehre vom Verschulden, Zschr. f. Turnen u. Jugendspiel **10** Nr. 5—8. Die Begriffe des Verschuldens (§ 823) und der Fahrlässigkeit (§ 276) werden erläutert an dem Musterbeispiele der Haftung des Turnlehrers bzw. des Schulhalters (Stadt, Staat, Direktor) für Unfälle beim Turnen; aber auch auf alle anderen Leibesübungen (z. B. Jugendspiele, Rudern, Segeln) wird eingegangen und ebenso auf die Haftung in Turn- oder Sportsvereinen. Aufs Sorgfältigste werden die Einzelfälle abgetrennt, z. B. die sachliche Fürsorge (für Geräthe, Turnlokal u. dergl.) und die Fürsorge für den Turnbetrieb, sowie kon-

kurrirendes Verschulden anderer Personen (Vorturner, Mitschüler, Direktor). Insbesondere wird gezeigt, daß es keine Einmischung subjektiver Momente in den objektiven Begriff der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" ist, wenn man zwischen den verschiedenen Kategorien der Lehrer (geprüfte und ungeprüfte, angestellte — Beamte — und unangestellte) unterscheidet.

Dieses Gutachten soll den Theoretikern und Praktikern des Civilrechts als Musterbeispiel zu der Doktrin zum Verschulden dienen (1), nimmt übrigens nur den Werth einer erstmaligen Anregung, — die hoffentlich von turnerischer wie von juristischer Seite zu lebhafter Diskussion führen werde, — für sich in Anspruch, 31.

RG. JW. **01** 783, Beil. 154: Bei der aus § 276 zu beantwortenden Frage, ob dem mit Zustellung beauftragten Gerichtsvollzieher ein Verschulden zur Last fällt, ist davon auszugehen, daß die Beobachtung der reglementarischen Vorschriften den Gerichtsvollzieher nur vor einem Einschreiten im Aufsichtswege schützt, nicht aber auch ohne Weiteres vor der Haftung für seine aus dem Dienstvertrage fließenden Pflichten nach Maßgabe des bürgerlichen Rechtes, das hier in erster Reihe maßgebend ist.

Unrichtige Beantwortung von Fragen einer Versicherungsgesellschaft enthält kein Verschulden, wenn sich der Versicherungsnehmer über die Tragweite der Fragen im Irrthume befunden hat und in seiner Auffassung von dem Agenten der Gesellschaft bestärkt ist. **RG.** Gruchots Beitr. **46** 985.

RG. DJZ. **02** 321: Nach den sozialen Verhältnissen versteht es sich von selbst, daß die durch polizeiliche Verordnung zur Sicherung des Verkehrs vorgeschriebenen Verrichtungen des Fegens und Streuens des Bürgersteigs nicht stets von dem Verpflichteten selbst ausgeführt werden müssen, sondern daß er sich hierzu eines Anderen bedienen darf, unter Umständen sogar muß. Andererseits bestimmt sich jedoch seine Haftung nicht ausschließlich nach den Bestimmungen über die Haftung des Geschäftsherrn, da durch das Schutzgesetz ihm selbst die Verpflichtung auferlegt und er für die richtige Ausführung persönlich haftbar gemacht wird. Durch den bloßen Nachweis der Sorgfalt in Auswahl der bestellten Personen kann sich der Verpflichtete deshalb noch nicht befreien, vielmehr darf er sich auch einer Kontrolle nicht entschlagen. Inwieweit diese zu gehen hat, ist je nach den konkreten Umständen zu entscheiden.

RG. R. **02** 349 und DJZ. **02** 435: Der Badebesitzer handelt fahrlässig, wenn er die Dampfdouche, — mit deren Gebrauch wegen übermäßiger Dampfspannung Gefahr verbunden ist, — nicht den Badenden entzieht.

RG. 52 172: § 538 enthält eine Abweichung von dem Grundsatze des § 276, insofern nach ihm nur bei einem später entstandenen, nicht aber bei einem schon bei Abschluß des Miethsvertrags vorhandenen Mangel Verschulden für die Haftung erfordert wird.

RG. R. **02** 125. Bei der Vertragsbestimmung, daß die Fälligkeit der Forderung bei nicht pünktlicher Zinszahlung eintreten solle, ist es Auslegungsfrage, ob die bloße Thatsache der nicht pünktlichen Zinszahlung oder nur eine dabei untergelaufene Fahrlässigkeit (Verzug) des Schuldners die Fälligkeit der Forderung begründen soll. Wird letzteres angenommen, so kann unter Umständen culpa und Verzug verneint werden, wenn der Schuldner eine dunkle Bestimmung über die Zinszahlungsfristen falsch ausgelegt hat.

§ 278. 1. a) Wertheimer, Die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen nach dem Rechte des BGB., (1899) sucht für die civilistische Konstruktion der Gehülfenhaftung dadurch eine eigene Theorie zu gewinnen, daß er das Leistungsversprechen desjenigen Unternehmers, der nicht verpflichtet ist, die Erfüllungshandlung in Person vorzunehmen, folgendermaßen zergliedert. Es wird versprochen:

α) die Vornahme einer Handlung bzw. Herbeiführung eines Erfolges und zwar

β) durch Verwendung einer technischen Arbeitskraft zu diesem Zwecke, d. h. einer Person, die mit der für das fragliche Geschäft erforderlichen Diligenz und nach den Regeln der jeweils erforderlichen technischen Kunstfertigkeit verfährt.

Hiernach ist Schuldner also verpflichtet, eine ihrer Fertigkeiten und Eigenschaften nach generell bestimmte Person zu verwenden; jede Person, welche bei Ausführung der Verrichtung fehlerhaft verfährt, ist nicht die geschuldete generelle technische Arbeitskraft, deren Merkmal ja gerade darin besteht, daß sie es vermag, mit der für den einzelnen Fall erforderlichen Sachkenntniß und Umsicht zu handeln. Die Verwendung einer falsch verfahrenden Person bildet somit einen Verstoß des Schuldners gegen seine Verpflichtung zur Leistung des bestimmten genus und macht ihn daher schadensersatzpflichtig.

Zu haften ist nur bei Verschulden in Ausführung der aufgetragenen Verrichtung oder solchem Verschulden, durch welches die Integrität des Erfüllungsgegenstandes verletzt wird. Haftung für nur bei Gelegenheit der Erfüllung begangene Handlungen ist also, insoweit die Handlung den Erfüllungsgegenstand nicht antastet, nicht gegeben.

b) Asmis, Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, nach gem. R. u. BGB.:

α) Die Haftung aus § 278 ist keine Erweiterung einer schon bestehenden Verbindlichkeit, sondern ergiebt sich direkt aus dem Begriffe der Obligation (55, 57).

β) § 278 findet keine Anwendung,

αα) wo Dritte bei der Begründung von Rechtsverhältnissen oder bei Ausübung eines Rechtes verwendet werden;

ββ) wo Dritte als negotiorum gestores die Verbindlichkeiten des Schuldners erfüllen (3 f., 58).

γ) Der Grad der Schadensersatzpflicht richtet sich nach dem zwischen Schuldner und Gläubiger bestehenden Vertrage, und zwar haftet der Schuldner auch dann für seine Erfüllungsgehülfen, wenn er nur culpa lata oder culpa in concreto zu vertreten hat (58 ff.). Vgl. BGB. § 691.

δ) Der Schuldner haftet für seine Erfüllungsgehülfen auch dann,

αα) wenn er nach der Zuziehung der Erfüllungsgehülfen unzurechnungsfähig wird;

ββ) wenn der mit aller Sorgfalt ausgewählte Erfüllungsgehülfe ohne ein Verschulden des Schuldners in einen Zustand der Bewußtlosigkeit oder einen die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistesthätigkeit — § 827 BGB. — geräth (60).

ε) Ein Verschulden des Erfüllungsgehülfen, das mit der Erfüllungshandlung in keinem Zusammenhange steht, hat der Schuldner nicht zu vertreten, wohl aber haftet er für Schaden, der vom Erfüllungsgehülfen in Ausführung der Erfüllung verursacht ist (61 f.).

ζ) Zur Erfüllungshandlung gehören auch die die Hauptleistung vorbereitenden oder ermöglichenden Akte. Vgl. § 351 BGB. (62, 64 f.).

c) Nußbaum, Haftung für Hülfspersonen nach § 278 BGB. in Vergleichung mit dem gemeinen u. Landesrecht: § 278 ist nicht aus einem allgemeinen Rechtsgedanken abzuleiten, er ist eine aus praktischen Rücksichten statuirte Erweiterung der Verbindlichkeit des Schuldners. Er gilt auch für dingliche Verpflichtungen, nicht aber für „unechte Verbindlichkeiten“, d. h. für Handlungen, welche der Schuldner lediglich behufs Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt

vornehmen muß. Der Schuldner haftet nur für die unmittelbar zur Erzielung des geschuldeten Enderfolges verwendeten Personen, er ist aber auch für „Substituten“ verantwortlich. Gehülfe und Gegenstand des Schadens müssen sich in der „Obligationssphäre“ befunden haben, dies ist insbesondere nicht der Fall, wenn der Gehülfe einen Schaden nicht in Ausführung der ihm aufgetragenen Handlungen, sondern nur bei Gelegenheit derselben schuldhaft gestiftet hat. Dritte können sich auf § 278 nicht berufen. Die Beweislast für die Ordnungsmäßigkeit der Gehülfenhandlung trägt der Schuldner. Wegen des immateriellen Schadens (§ 847) braucht im Falle des § 278 kein Ersatz geleistet zu werden, wohl aber wegen des entstandenen Nachteils für Erwerb und Fortkommen (§ 842). Die Anwendung des § 278 kann im einzelnen Falle ausgeschlossen werden, auf Schuldverhältnisse, in denen nur für diligentia quam suis oder grobe Fahrlässigkeit gehaftet wird, ist er überhaupt nicht zu beziehen. Vgl. dazu Ramdohr, Gruchots Beitr. **43** 270 ff.

d) Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden (Berlin 1902) sieht (33) in der Haftung des Schuldners nach § 278 eine nicht auf einheitlichem Prinzipe ruhende, sondern aus psychologischen und ökonomischen Gründen eintretende Erweiterung einer bestehenden Verbindlichkeit. Es handelt sich (35) um eine Haftung des Schuldners für die Personen, die befugter Weise zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit thätig werden, sei es mit seinem Willen (Hülfspersonen), sei es ohne seinen Willen (gesetzliche Vertreter). Da die Thätigkeit der Hülfspersonen eine befugte sein muß, so sind ausgeschlossen: a) diejenigen, die ohne die erforderliche Erlaubniß des Schuldners, b) diejenigen, die schuldhafter Weise ohne die erforderliche Erlaubniß des Gläubigers thätig geworden sind. Es kommen für den Personenkreis aus § 278 nur solche in Betracht, die mit Wissen und Willen des Schuldners für ihn thätig werden. Die gesetzliche Vermuthung (36) spricht dafür, daß die Verwendung von Hülfspersonen gestattet ist. Gleichgültig ist es (38), ob der Hülfsperson als Substituten die Ausführung des Ganzen oder eines in sich abgeschlossenen Theiles der Leistung oder als Gehülfen eine unterstützende Thätigkeit zugewiesen ist.

41 ff.: § 278 setzt das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraus; der Verletzte muß Vertragsgegner sein; es genügt nicht, daß er Vertragsbegünstigter ist. Doch braucht das Schuldverhältniß nicht durch einen Kontrakt begründet zu sein; es kann auch z. B. einem Delikt entspringen. Von der Bedeutung des Wortes „Verbindlichkeit“ hängt die Tragweite der Vorschrift ab; die Nußbaum'sche Unterscheidung zwischen „echten“ und „unechten“ Verbindlichkeiten ist unhaltbar. Erfüllung der Verbindlichkeit ist nichts Anderes als Bewirkung der geschuldeten Leistung (§ 362). Der § 278 ist extensiv zu interpretiren: „die Verantwortlichkeit des Schuldners ist gegeben, wenn die schädigende Handlung bei der Erfüllung der Verbindlichkeit, bei der Vorbereitung oder Ermöglichung der Erfüllung, und endlich bei der Ausübung der dem Schuldner kraft des Schuldverhältnisses zustehenden Befugnisse erfolgt“ (46). Die Surrogate der Erfüllung stehen der Erfüllung gleich (47), Beispiele 47 ff.

Ueber das Verhältniß des § 278 zum § 254 s. 50—52, über das zum § 351 s. 53—54. Es sind die beiden einzigen Fälle, in denen die Haftung aus § 278 eintritt, ohne daß im Zeitpunkte der schädigenden Handlung eine Verbindlichkeit besteht.

Ueber die Frage, ob die schädigende Handlung in und zur Ausführung der geschuldeten Leistung erfolgt sein muß, oder ob es genügt, daß sie bei Gelegenheit der Ausführung geschah, s. 56 ff. Er weist nach, daß die Frage im Gesetze keine Beantwortung gefunden hat (61). Er tritt mit Rümelin für eine „uneingeschränkte Haftung“ ein, die jedoch gleichfalls eine Begrenzung verlangt. Es

genügt nicht, daß die schädigende Handlung durch die Erfüllung der Verbindlichkeit veranlaßt ist. Vielmehr muß sie begangen sein in der durch die Erfüllung der Verbindlichkeit nothwendig, d. h. generell voraussehbar geschaffenen Situation. Sie muß also durch die Erfüllung im Sinne eines adäquaten Kausalzusammenhanges verursacht sein (63).

Ueber die Frage, in welchen Fällen die Rechtswidrigkeit („Verschulden") ausgeschlossen ist, 64 ff.

66 ff. erörtert er die Frage, wann und wieweit der Schuldner für den Vorsatz der Gehülfen aufzukommen habe, im Sinne der uneingeschränkten Haftung. Der Schuldner haftet für jede vorsätzliche Handlung, durch die die Hülfsperson bei Gelegenheit der Erfüllung den Gläubiger schädigt.

Mangelnde Zurechnungsfähigkeit der Hülfsperson schließt die Verantwortlichkeit des Schuldners aus (§§ 827, 828, 276); diese Einschränkung der Haftung steht mit dem Prinzipe der Vorschrift in Widerspruch (67).

76 ff. über den Wegfall der Haftung.

78 ff. über Besonderheiten der Haftung für den gesetzlichen Vertreter.

e) Blau, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem BGB. (Berlin 1902): Die im § 278 normirte Haftung des Schuldners für seine Hülfspersonen erklärt Blau, 45 ff. im Anschluß an Enneccerus (Enneccerus-Lehmann, R. I 433 u. Verhandl. des Juristentags II 103/104) aus dem Begriff und Wesen der Obligation, er betrachtet sie als Haftung für vertragsmäßige und sorgfältige Leistung.

Unter „Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient," versteht Blau 15/16 sowohl die Gehülfen als auch die Substituten.

Für den gesetzlichen Vertreter als solchen wird aus § 278 nicht gehaftet, nur für ihn in seiner Eigenschaft als Hülfsperson (22 u. 14).

Der Schuldner haftet nur für den Schaden, welchen die Hülfsperson unmittelbar durch die Erfüllungshandlung, nicht für den, welchen sie bei Gelegenheit derselben anrichtet (24/25). — Der Schaden braucht nicht das Erfüllungsobjekt zu treffen (25). — Die schadenstiftende Erfüllungshandlung kann sich im Einzelnen auch als unerlaubte Handlung darstellen. Vom Standpunkte des Gläubigers handelt es sich aber stets um Haftung für Nichterfüllung; daher kommen niemals deliktsrechtliche Bestimmungen (z. B. §§ 847, 852, 393) zur Anwendung, auch eine Klagenkonkurrenz ist nicht zuzulassen (25/26).

Der Schuldner hat den Grad des Verschuldens der Hülfsperson zu vertreten, welchen er zu vertreten hätte, wenn er selbst gehandelt hätte, also regelmäßig Vorsatz und Fahrlässigkeit, als Schenker nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, als Gesellschafter culpa in concreto u. s. w., und zwar ist im Falle der Haftung für culpa in concreto die diligentia quam suis nach der Person des Geschäftsherrn, nicht nach der des Handelnden, zu beurtheilen (26 ff.).

Was das Verhältniß des § 278 zum § 831 betrifft, so hält Blau (38/39) den § 278 gegenüber dem § 831 für ein Spezialgesetz: „Ist die schadenstiftende Handlung eine Handlung, deren Zweck es ist, eine Verbindlichkeit zu erfüllen, so ist § 278 anzuwenden, bei jeder anderen Handlung aber § 831, gleichgültig, ob ein Schuldverhältniß zwischen dem Ersatzberechtigten und dem -verpflichteten besteht oder nicht." § 831 ist also auch innerhalb einer Obligationssphäre anwendbar, nämlich bei anderen Obligationshandlungen als Erfüllungshandlungen."

2. a) Isay, Geschäftsf. 378 ff. nimmt an, daß der Geschäftsherr für das gleiche Maß von Sorgfalt bei seinem Gehülfen haftet, wie wenn er selbst thätig wäre. Diese Haftung des Geschäftsherrn ist Gestionshaftung im Gegensatze zur Kulpahaftung, d. h. er haftet lediglich deshalb, weil in seinem Interesse gehandelt

worden ist. — Daselbst 404 ff. wird ausgeführt, daß für Beschädigungen anläßlich der den Gehülfen aufgetragenen Arbeit der Geschäftsherr nicht haftet.

Anders als Liszt, Deliktsobl. 103 N. 6 und Oertmann, Komm. 38 nimmt Dernburg, Bürg. R. II 146 an, daß der Schuldner für ein Verschulden seiner Leute bei Gelegenheit der Erfüllungshandlung nicht hafte. Ebenso Staub, Komm. (6) 232 Anm. 29. Derselbe läßt (231 Anm. 27) den Schuldner, der diligentia quam in suis anzuwenden hat, dafür haften, daß sein Gehülfe diejenige Sorgfalt verwende, welche der Schuldner in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Brückner, R. 01 339: Die — vom früheren Rechte abweichende — Haftpflicht des Schuldners für das Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, setzt namentlich voraus, daß dieses Verschulden von den gedachten Personen in Ausführung der ihnen übertragenen Erfüllungshandlung, d. h. der nach Inhalt des Schuldverhältnisses vom Schuldner an den Gläubiger zu bewirkenden Leistung (§§ 241, 362), bethätigt worden ist.

Abweichend hiervon hat einerseits

α) nach § 549 Abs. 2 der Miether ein Verschulden des von ihm (mit Erlaubniß des Vermiethers) angenommenen Untermiethers auch dann zu vertreten, wenn es nicht bloß bei einer Erfüllungshandlung dem Vermiether gegenüber, sondern überhaupt bei dem an Stelle des Miethers dem Untermiether zuzustehenden Gebrauche der Miethsache vorgekommen ist,

während andererseits

β) nach §§ 664, 691 der Beauftragte, der die Ausführung des Auftrags einem Dritten übertragen darf, sowie der Verwahrer, dem die Hinterlegung bei einem Dritten gestattet ist, nur ein ihm selbst bei der Uebertragung des Auftrags oder bei der Hinterlegung (in den Gewahrsam des Dritten) zur Last fallendes Verschulden zu vertreten hat.

b) Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung 88: Die Haftung ist auf alle Fälle auszudehnen, in denen die Erfüllung der Obligation Anlaß zu einer Beschädigung des Gläubigers giebt; eine Beschränkung auf Erfüllungshandlungen soll nicht stattfinden.

von Weinrich, Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tödtung eines Menschen (2) 1902: § 278 basirt nicht wie § 831 auf einer Schuldvermuthung und findet nur bei Verträgen und nur dem Gläubiger, nicht dritten Personen gegenüber Anwendung; er gilt nicht für unbeauftragte Geschäftsführer (neg. gest.); aus der vom § 224 Abs. 2 des I. E. abweichenden Fassung des § 278 und aus § 431 HGB. folgt, daß sich die Haftpflicht nicht nur auf die bei Ausführung, sondern auch auf die bei Gelegenheit dieser Ausführung begangenen Delikte bezieht (50 ff.).

3. Rehbein II 107: Der Verkehr fordert, daß, wer durch einen Anderen oder mit dessen Hülfe, Zuthun, Mitwirkung zu leisten hat, mag die Mitwirkung nöthig oder nicht nöthig sein, dem Gläubiger gegenüber diese Leistung als eigene zu vertreten hat, weil sie als eine eigene Leistung gelten soll und vom Gläubiger als solche hinzunehmen ist. Auch Rümelin II 109 hält den § 278 auf die Fälle, wo der Schuldner nur für lata culpa und diligentia quam in suis haftet, für anwendbar.

Rehbein II 108: In §§ 664 (Abs. 1 Satz 3) und 691 wird noch ausdrücklich gesagt, was sich von selbst verstanden haben würde, daß der Beauftragte und Verwahrer für Verschulden eines Gehülfen haftet, für Verschulden eines befugten Substituten nicht, nur für Verschulden bei Substituirung.

Rehbein II 105: Aus § 278 läßt sich nicht herleiten, daß der Mündel oder sonstige Pflegling mit seinem Vermögen für unerlaubte schädigende Handlungen des Vormundes (Pflegers) überhaupt haftet, die außerhalb der rechtsgeschäftlichen Vertretung liegen, zu derselben in keiner Beziehung stehen und etwa nur bei Gelegenheit der rechtsgeschäftlichen Vertretung begangen sind. Dagegen findet § 164 auf den gesetzlichen Vertreter Anwendung, und die Haftung des Vertretenen für culpa in contractu des gesetzlichen Vertreters ist deshalb nicht ausgeschlossen.

RG. 43 146 f.: Derjenige, der sich in seinem geschäftlichen Interesse der Mitwirkung von Hülfspersonen bedient, hat die sich aus deren Zuziehung ergebende Gefahr zu tragen und darf den aus dem Verschulden dieser Personen entstehenden Schaden nicht dem Gegenkontrahenten zuwälzen. Wenngleich der erwähnte Grundsatz in der bestehenden Gesetzgebung wesentlich nur auf die Erfüllung von Verträgen angewendet worden ist, so steht doch nichts im Wege, ihn auch auf die Mitwirkung von Gehülfen beim Vertragsabschluß anzuwenden, und jedenfalls dann, wenn diese Mitwirkung in doloser Weise zu Gunsten des Geschäftsherrn stattgefunden hat.

4. a) Hellwig, Verträge 113: Das nothwendige Korrelat der Norm des § 278 ist der Grundsatz, daß der Gläubiger die Handlungen und Unterlassungen der Personen, deren er sich zur Entgegennahme der Leistung bedient, zu vertreten hat; ebenso Kisch, Unmöglichkeit 78.

Nur derjenige, der die Erfüllung des Schuldverhältnisses als Vertragspartei verlangen kann, kann aus § 278 Ersatz des Schadens geltend machen, welcher durch die Hülfsperson ihm zugefügt ist. Sind Familienangehörige des Miethers durch eine Hülfsperson des Vermiethers, der zur Erfüllung seiner Vertragspflicht dieselbe zugezogen hat, beschädigt, so können sich die Angehörigen nicht auf § 278 BGB. berufen. Wohl aber haftet der Vermiether dem Miether für den Aufwand, den er mit Rücksicht auf den eingetretenen Schaden den Angehörigen gegenüber zu bewirken hatte. OLG. Dresden, Sächs. Ann. **24** 125, OLG. **5** 375.

LG. Frankfurt a. O., KGBl. **01** 62: Der Dienstbote hatte die gewöhnlichen, zum Haushalte gebrauchten Waaren auf Kredit genommen, während die Dienstherrschaft demselben stets baare Mittel zur Bezahlung gegeben hatte, welche jedoch der Dienstbote sich angeeignet hatte. Die Dienstherrschaft haftet für die entstandenen Schulden nicht, da der Dienstbote nicht „zur Erfüllung“ einer Verbindlichkeit zugezogen ist. Auch § 831 findet keine Anwendung, da der Dienstbote zur Eingehung solcher Geschäfte nicht bestellt war. Dagegen haftet die Dienstherrschaft, welche gestattet, daß Waaren auf Kredit gegen Eintragung in ein Kontobuch entnommen werden, — auch wenn der Dienstbote im speziellen Falle zum Kreditkaufe nicht ermächtigt war.

RG. v. 26. 6. 01 **49** 28, JW. **01** 549, Beil. 135, Seuff. A. 573: § 278 setzt ein bestehendes Schuldverhältniß voraus.

b) Rehbein II 107: Was zur Erfüllung der Verbindlichkeit gehört, ist nur konkret zu finden. Die Montage ist so zu bewirken, daß nicht andere Sachen beschädigt werden, mit denen das Werk durch die Montage zu verbinden ist. Der Lieferant haftet aber nicht aus § 278, wenn der Monteur die Gelegenheit benutzt und stiehlt.

5. Planck zu § 1978 Anm. 3: Die Verantwortlichkeit nach § 1978 Abs. 1 trifft den Erben gemäß § 278 auch wegen der Handlungen eines nach §§ 1960, 1961 bestellten Nachlaßpflegers. Dagegen Hellwig, Anspruch 242 Nr. 25: Diese Erläuterung Plancks zeigt, zu welchen unmöglichen Resultaten die Ansicht führt, welche den Pfleger als Vertreter des Erben auffaßt. Der Erbe soll für die Handlungen des Pflegers als die seines Gehülfen auf Grund des § 278 ver-

antwortlich sein, also Haftung als negotiorum gestor aus den legitimirten Handlungen des amtlich bestellten Pflegers! Mit Hellwig übereinstimmend Strohal, Erbrecht, 323 u. 477, der Erbe haftet für das Verschulden des Nachlaßpflegers nur nach Maßgabe der Vorschriften über die Beschränkbarkeit der Haftung und Titze, Unmöglichkeit 87, der weiter ausführt: Der Schuldner hafte auch für seine Gäste, wenn dieselben mit dem Gegenstande des Schuldverhältnisses nothwendiger Weise in Berührung kommen; und was den Umfang der Haftung anlange, so hafte der Schuldner soweit, als die Handlung der vollkommen deliktsfähigen Hülfsperson, falls vom Schuldner selbst begangen, eine culpa desselben involviren würde (90).

von Tuhr, DIZ. **99** 307 gegen Endemann: Die Auffassung des § 831 als einer Ausnahme vom Prinzipe des § 278 verdunkelt den Gegensatz beider Fälle völlig.

6. a) Josef, Gruchots Beitr. **44** 419, 551 Anm. 18, 558 Anm. 22 und im Komm. zum Reichs- u. Preuß. FrGG. Zus. zu Art. 101: Die Vorschrift findet auch Anwendung auf die Haftung eines Rechtsanwalts für Versehen des mit ihm verbundenen Anwalts, wenn er die ihm selbst obliegende Dienstleistung dem letzteren überträgt, ferner für Versehen seines Bureauvorstehers und seiner Schreiber, ebenso für Versehen seines sog. „Generalsubstituten". Dagegen steht der Partei ein direkter Ersatzanspruch gegen den Generalsubstituten des Rechtsanwalts nicht zu, während der preußische Notar für Versehen des Generalsubstituten neben letzterem haftet; dabei wird oft schwer zu scheiden sein, ob die schädigende Handlung die Geschäfte des Rechtsanwalts oder des Notars betrifft. Vgl. Berger, RAO. Vorbem. zu §§ 30—39, Eichhorn, Ztschr. d. D. Notarvereins **1** 325 ff. und Schultze-Görlitz ebenda 449 ff. S. auch Jacobsohn, DIZ. **8** 237.

RG. v. 8. 3. 01 **48** 59, Seuff. A. **57** 116, IW. **01** 233: Ein Rechtsanwalt, der das Publikum mit dem Büreauvorsteher verhandeln und durch diesen abfertigen läßt, muß für den Nachtheil einstehen, der den Interessenten daraus erwächst, daß der Büreauvorsteher hierbei vorsätzlich oder aus Versehen unrichtig verfährt. Der Schadensersatzanspruch gründet sich nicht auf ein Vertragsverhältnis, sondern auf § 28 der Rechtsanwaltsordnung. In allen Angelegenheiten, die eine rechtliche Beurtheilung erfordern, und namentlich bei der Entgegennahme wichtiger Aufträge, zu deren Verständnis und Ausführung Rechtskenntnisse gehören, darf nicht der Büreauvorsteher, sondern muß der Anwalt selbst thätig werden.

b) **RG. 49** 26 Seuff. A. **57** 3: Der Büreauvorsteher ist nicht zum Abschlusse des Dienstvertrags oder Auftrags (§ 675) bevollmächtigt, sondern nur zur Entgegennahme und Uebermittelung der Aufträge bzw. Dienstvertragsofferten. Ist hiernach ein Vertragsverhältniß zwischen Notar und Partei noch nicht vorhanden, dann trifft auch § 278, welcher ein solches bestehendes Schuldverhältniß voraussetzt, nicht zu. Wohl aber kann in der Anstellung des Bureauvorstehers ein stillschweigendes Garantieversprechen dafür, daß derselbe seine Pflichten sorgfältig erfüllt, insbesondere auch Anträge rechtzeitig an den Prinzipal weiterbefördert, — gefunden werden. — Vgl. KGBl. **02** 17, wo das Garantieversprechen bejaht wird. Anders OLG. **4** 48 (Kiel).

7. Götte, Was bringt das BGB. den deutschen Aerzten Neues? Berliner Klin. Wochenschr. 1899 Nr. 43 u. 44, Sonderabdr. Berlin Hirschwald, 4: Bedient sich der Arzt der Hülfe eines Anderen, so gilt Alles, was dieser thut, so, als ob der Arzt es selbst gethan hätte. Wie ist es, wenn der Arzt einen anderen Arzt zuzieht? Es kommt darauf an, wem der Kranke das Honorar zahlt. Verlangt der eigentliche Arzt das ganze Honorar und bezahlt der Kranke es ihm, so ist daraus zu ersehen, daß sie beide den anderen Arzt als Gehülfen oder

Vertreter des eigentlichen Arztes ansehen. Bezahlt aber der Kranke an den anderen Arzt irgend ein Honorar und nimmt dieser es an, so ist daraus zu ersehen, daß sie beide den anderen Arzt nicht als Gehülfen oder Vertreter des eigentlichen Arztes, sondern als selbständig auftretenden Arzt ansehen. Dann haftet der eigentliche Arzt nicht für dessen Verschulden. Schickt dagegen ein Kranker bei Verhinderung eines Hausarztes freiwillig zu einem anderen, so ist dieser nicht Gehülfe oder Vertreter des Hausarztes, selbst wenn beide Aerzte oder auch alle Aerzte des Ortes verabredet haben, daß dann das Honorar dem Hausarzte zufließen soll.

8. B. Hilse, Baugewerks-Ztg. **33** 657: Weil der Werkmeister die Handlungen der von ihm selbst angenommenen Gewerbegehilfen gleich seinen eigenen zu vertreten hat, haftet derselbe (Dachdecker **21** 157, **22** 227, Münchener Bauztg. **00** Nr. 46) auch für die auf deren Verschulden zurückführbaren Unfälle dem Verletzten als Selbstschuldner, ohne sich aus der Rechtsregel des § 831 BGB. davon befreien zu können; der gewerbsmäßige Hochbauunternehmer jedoch nur für Vorsatz oder Außerachtlassen der Berufsaufmerksamkeit (Gewerbl. UVers.G. § 136), der Tiefbau- und Regiebauunternehmer aber auch (Bau-UVers.G. § 46) bei Verstoß derselben gegen die Regeln der Baukunst.

§ 279. 1. Als Ausnahme von der Regel des § 275 Abs. 2 ist § 279 strikt zu interpretiren; eine extensive Interpretation würde zu unbilligen Entscheidungen führen. Biermann, A.civPr. **91** 98 ff.

Ist ein Lieferungsvertrag mit der Klausel „Septemberabladung cif. Weser ab Galveston" so auszulegen, daß der Verkäufer nur zur Leistung einer Waare der vereinbarten Art, deren Septemberabladung cif. Weser ab Galveston objektiv möglich war, verpflichtet ist, so ist der Verkäufer von seiner Verpflichtung zur Leistung dadurch frei geworden, daß eine Septemberladung der vereinbarten Waare cif. Weser ab Galveston durch von ihm nicht zu vertretende Umstände schlechthin unmöglich wurde. **RG.** JW. **02** Beil. 229, Seuff. A. **57** 442.

Ubbelohde, A.civPr. **85** 121 ff. meint, es werde sich mit der Fassung des § 279 keine andere Auslegung vereinbaren lassen, als die, daß eine generische Verpflichtung in Folge des Hindernisses der Leistung erst dann erlösche, wenn das geschuldete Genus völlig zu existiren aufgehört oder völlig dem Rechtsverkehr entzogen sei, so daß der Schuldner entgegen den Anforderungen von Treu und Glauben nicht als befreit gelte, wenn er durch eine allgemeine Unterbrechung des Frachtbetriebs außer Stand gesetzt sei, innerhalb vertragsmäßiger Zeit zu erfüllen.

Hierzu bemerkt Oertmann, A.bürgR. **12** 284, daß der Schuldner nicht solange die Gattung existirt, sondern solange die Leistung daraus möglich ist, verhaftet bleibt. Wie lange dies der Fall, sei nach Treu und Glauben (§ 242) zu beurtheilen; so würde z. B. bei einem allgemeinen Bergarbeiterstreik, einer Bahnunterbrechung die Lieferung versprochener Kohlen als mindestens zeitweilig unmöglich angesehen werden dürfen.

2. Goldmann-Lilienthal 164: Wenn der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt ist, so ist zu unterscheiden, ob das Unvermögen des Schuldners zur Leistung ausschließlich auf einer Behinderung der Person des Schuldners beruht, oder ob es nur darin besteht, daß der Schuldner bestimmte Gegenstände der Gattung nicht leisten kann, während im Uebrigen die Leistung aus der Gattung möglich ist. Im ersteren Falle wird der Schuldner nach § 275 Abs. 2 befreit, im zweiten Falle bleibt die Verpflichtung des Schuldners nach § 279 bestehen.

Kuhlenbeck, JW. **97** 438: Eine begrenzte Gattung, z. B. die „Weinsorte Rüdesheimer Bergauslese Jahrgang 1885" muß in Ansehung der Gefahr

als species behandelt werden, sobald die Unmöglichkeit der Lieferung dieses begrenzten genus durch Fortfall der ganzen begrenzten Gattung ohne Verschulden des Verpflichteten eintritt.

Kleineidam, Unm. u. Unv. 125: Die Bestimmung des § 279 ist nicht eine einfache Wiederholung der Regel: genus perire non censetur. Sie trifft auch solche Fälle, in denen der Grund des Unvermögens ein rein persönlicher ist und mit der Genusqualität der Leistung nicht zusammenhängt.

Kisch, Unmöglichkeit: § 279 ist nicht eine Anwendung allgemeiner Grundsätze, sondern eine durch Rücksichten der Verkehrssicherheit und durch die Eigenart der Gattungsschuld gebotene Ausnahmevorschrift (108 f.). Eine objektive Unmöglichkeit tritt nicht nur bei Untergang, sondern auch bei Extrakommerzialität oder Unzugänglichkeit der ganzen Gattung ein (113 f.). Das bloße Unvermögen befreit trotz § 279 BGB. den Schuldner, wenn dasselbe nicht auf dem Mangel der nöthigen Gattungsobjekte, sondern darauf beruht, daß er seine zur Leistung erforderliche persönliche Mitwirkung nicht gewähren kann (117 f.). Der § 279 findet auch auf Dienstleistungen (119), desgl. auf Speziesschulden Anwendung, soweit hier die Leistungsunmöglichkeit durch die Mittellosigkeit des Schuldners verursacht ist.

3. Titze, Unmöglichkeit: Praktisch läuft § 279 darauf hinaus, daß bei Genusobligationen der Schuldner die nicht pünktliche Erfüllung seiner Verbindlichkeit in der Regel zu vertreten hat, beim Ausbleiben der rechtzeitigen Leistung also in Verzug verfällt, auch wenn er die Verzögerung der Leistung nicht verschuldet hat, ein unbilliges, jedoch dem Gesetzeswortlaute gegenüber nicht wegzudeutendes Resultat. Implicite ist im § 279 der Satz enthalten, „der Schuldner kann sich niemals auf unverschuldete Zahlungsunfähigkeit berufen", also insbesondere nicht, wenn er die geschuldete Spezies wegen unverschuldeter Mittellosigkeit nicht (erwerben und darum nicht) leisten kann (92 ff.).

Rehbein II 113: Persönlicher Mangel an Geldmitteln zur Zahlung schuldiger Verbindlichkeiten begründet nie Unmöglichkeit oder Unvermögen im Sinne des § 275, nicht sowohl aus der Vorschrift des § 279, der sich auf die besonders geregelten Geldverbindlichkeiten nicht bezieht, sondern weil der Verkehr darauf beruht, daß das allgemeine Tauschmittel stets und Jedem zur Disposition steht und Zahlungsunvermögen und Zahlungsunfähigkeit ihre besondere gesetzliche Ordnung erhalten haben, 1 137 § 4 D. 45, 1.

112 u. 123: Die Bedeutung des § 279 erschöpft sich darin, daß, wenn aus einer Gattung geschuldet wird, an Stelle des Schuldners Jeder erfüllen kann, solange die Gattung besteht und Jedem zugänglich ist; das fällt fort, wenn objektive Hindernisse der Erfüllung auch für die Gattung eintreten: Krieg, Aus- und Einfuhrverbote u. A. schließen die Anwendung des § 279 bei genus ebenso aus, wie bei species; nur Zahlungsunvermögen und Leistungsunvermögen aus subjektiven Gründen fällt bei genus nicht unter § 275 Abs. 2.

§ 280. 1. Kisch, Unmöglichkeit 122: Der Entschädigungsanspruch geht bei objektiver Unmöglichkeit unmittelbar auf Geld, er kann bei bloßem Unvermögen sowohl auf Geld als auf Naturalerfüllung gerichtet werden.

Kleineidam, Unm. u. Unv.: Der Schadensersatz tritt an die Stelle der eigentlichen Leistung, nicht neben diese und zwar sowohl bei Unmöglichkeit (107 ff.) als auch bei bloßem Unvermögen (126).

Abs. 2 verlangt, daß der Gläubiger sowohl objektiv wie subjektiv kein Interesse an der Leistung habe (111).

Schöller, Gruchots Beitr. **45** 530 ff.: Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung geht stets auf Geld, nicht auf Naturalrestitution, d. h. wiederum auf Erfüllung, selbst wenn bloßes Unvermögen zur Leistung vorliegt. Unmöglichkeit oder Unver-

mögen ist aber noch gar nicht vorhanden, wenn der Schuldner thatsächlich in der Lage ist, das der Erfüllung entgegenstehende Hinderniß zu heben (z. B. der Dritte ist bereit oder vertraglich verpflichtet, die vom Schuldner zu leihende Sache an diesen zu veräußern oder die objektive Unmöglichkeit ist heilbar) und wenn der Schuldner zur Hebung verpflichtet ist. Hat er durch sein eigenes schuldhaftes Verhalten die Unmöglichkeit oder das Unvermögen nachträglich herbeigeführt, so ist er stets zur Hebung verpflichtet. Solange kann daher noch nicht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sondern nur auf die Hebung des Hindernisses und Erfüllung geklagt werden.

Die Schadensersatzpflicht des Schuldners setzt nicht voraus, daß der dem Gläubiger zugefügte Schaden voraussehbar war. **RG. JW. 01** 209/210. Dagegen verlangt Rümelin, A.civPr. **90** 250 objektive und subjektive Vorhersehbarkeit.

2. Schöller a. a. O. 540 ff. gegen Planck, Kisch, Kleineidam, Titze: Die Ansicht, daß bei untheilbaren Leistungen die theilweise Unmöglichkeit oder Nichtbewirkung der vollständigen gleichzuachten sei, ist grundsätzlich irrthümlich und irreführend; nicht bei der theilweisen Unmöglichkeit, sondern allein bei der Frage des § 420 spielt die Theilbarkeit der Leistung eine Rolle; gerade für die Fälle, wo die Leistung zu Gunsten des Gläubigers als untheilbar gedacht ist, wahrt das Gesetz die Interessen des Gläubigers, indem es demselben dann, wenn die theilweise Unmöglichkeit oder Nichtbewirkung auf einem Verschulden des Schuldners beruht, gemäß §§ 280 Abs. 2, 325 Abs. 1 Satz 2 u. 326 Abs. 1 Satz 3 die Befugniß verleiht, die ganze Leistung zurückzuweisen, falls er an der theilweisen Erfüllung des Vertrags kein Interesse hat.

Titze, Unmöglichkeit 152 ff.: Ein wichtiger Unterschied zwischen der vom Schuldner zu vertretenden und der von demselben nicht zu vertretenden theilweisen Unmöglichkeit besteht darin, daß bei der letzteren der Gläubiger sich die Leistung des möglichen Theiles gefallen lassen muß, auch wenn sie für ihn kein Interesse hat; bei der vom Schuldner zu vertretenden theilweisen Unmöglichkeit verwandelt sich grundsätzlich der Inhalt des Schuldverhältnisses in theilweise Leistungs- und theilweise Schadensersatzpflicht: das Recht des Gläubigers, statt dessen Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu fordern, ist also eine facultas alternativa; daß die theilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, muß der Gläubiger beweisen: zwar muß den Beweis der theilweisen Unmöglichkeit der Leistung immer derjenige erbringen, der sich auf sie beruft, also der Schuldner, welcher wegen theilweiser Unmöglichkeit als Ausnahme von dem Prinzipe des § 266 eine Theilleistung machen will: der Gläubiger aber, der verlangt, was gar nicht in obligatione ist, nämlich Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit, beruft sich auf eine Ausnahme von jener Ausnahme, hat demnach deren Voraussetzung darzuthun (gegen Laband, A.civPr. **73** 198).

3. Staub, Guttentag'sche Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag 34 ff.: Der Versuch von Goldmann-Lilienthal I 333, die Verpflichtung zum Schadensersatze bei positiven Pflichtverletzungen aus § 280 abzuleiten, insofern die Unmöglichkeit der Leistung sich auf jeden Bestandtheil der Verbindlichkeit des Schuldners, — auf den Gegenstand, die Zeit und den Ort der Leistung — beziehen könne, ist mißglückt. § 280 versteht wie § 323 ff. unter Leistung nur eine positive Leistung, und es ist unnatürlich und gekünstelt, daß der Schuldner sich durch die Begehung der Zuwiderhandlung in die Unmöglichkeit versetzt haben soll, sie nicht zu begehen; auch liegt z. B. zeitweise Unmöglichkeit nicht vor, wenn der Verkäufer dem Käufer vor dem Ablaufe der Erfüllungszeit wurmstichige Aepfel schickt und dadurch die gesunden Aepfel des Käufers angesteckt werden; die sog. zeitweise Unmöglichkeit würde überhaupt den Gegensatz zwischen Unmöglichkeit

der Leistung und Erfüllungsverzug verwischen. Ebenso gekünstelt ist die Theorie Schöllers, Gruchots Beitr. **46** 26, daß die Zuwiderhandlung eine Unmöglichkeit der auf Unterlassung gerichteten Leistung begründe.

Uebereinstimmend Müller, R. **02** 542 f.: Die obligatorische Verbindlichkeit hat nach dem BGB. nicht zum Leistungsgegenstand eine Reihe auf Unterlassung gehender Unterverbindlichkeiten; deren schuldhafte Verletzung enthält die Verletzung der einen und einheitlichen Verbindlichkeit. Vgl. Dernburg, DJZ. **03** 1 ff. —

4. Rosenberg, Beweislast 134 ff.: In vielen Fällen stehen dem Gläubiger besondere Rechte zu, wenn der Schuldner nicht oder nicht vertragsmäßig leistet und er ein besonderes Interesse an diesen Rechten hat. Dann muß der Gläubiger sein Interesse darlegen, so im BGB. §§ 280^{2}, 286^{2}, 325 Abs. 1 Satz 2, 326^{2}, 468, $542^{1\,u.\,2}$, 634. Ein besonderes Interesse ist auch Beweisthema in den Fällen der §§ 469, 508, 824, 922, 923, 1063, 1256. Ausnahmen in den §§ 905, 906, 910, 997, 2169^{2}.

§ 281. 1. Nach Cosack, Lehrbuch I 332 c soll die Vorschrift auch im Falle einer bereits bei Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandenen subjektiven Unmöglichkeit entsprechende Anwendung finden, so daß also der Verkäufer einer Sache, die er deshalb zu liefern unvermögend ist, weil er sie schon vorher einem Anderen verkauft und übergeben hat, dem Käufer auf dessen Verlangen den aus dem früheren Verkauf erlangten Kaufpreis herausgeben müsse. Dagegen Planck Note 5 und Rehbein II 117.

Kisch, Unmöglichkeit: Ein Ersatz ist bei anfänglicher Unmöglichkeit nicht geschuldet (210 f.). Er kann vom Gläubiger auch dann verlangt werden, wenn dieser die Unmöglichkeit selbst zu vertreten hat (94). Ersatz ist begrifflich ein Vermögenswerth, welcher zur Ausfüllung einer entstandenen Vermögenslücke bestimmt ist; daher gehört eine vertragsmäßige Gegenleistung für das anderweitig verwerthete Schuldobjekt nicht hierher (199). Der Ersatz muß von einem Dritten, auf Grund einer rechtlichen Verbindlichkeit, in Folge des die Unmöglichkeit herbeiführenden Umstandes und als Ausgleich für den entzogenen Vermögenswerth erworben sein (201 ff.). Das Recht auf den Ersatz beruht nicht auf einheitlichen Gesichtspunkten, sondern auf verschiedenen Rücksichten praktischer Art (210 f.).

Die Befugniß, den Ersatz unter Anrechnung auf die Entschädigung zu beanspruchen, schafft nicht eine Wahlschuld oder ein facultas alternativa, sondern ist als gesetzliche Zuweisung eines bestimmten Befriedigungsobjekts aufzufassen (214 f.).

2. Kleineidam, Unm. u. Unv.: Der die Unmöglichkeit herbeiführende Umstand braucht nicht den Ersatz oder Ersatzanspruch allein zu begründen. Es genügt, wenn er eines der kausalen Momente ist (116).

Der „geschuldete Gegenstand" umfaßt nicht nur Sachen, sondern auch Dienste (117).

Der Gläubiger ist auch befugt, von beiden Ansprüchen aus §§ 280 und 281 Abs. 1 BGB. nur einen geltend zu machen (120 f.).

§ 281 ist auch im Falle des Unmöglichwerdens während des Schwebezustandes einer Bedingung anzuwenden (122).

Oertmann: „Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten" (Sonderabdr. aus der Festgabe für Heinrich Dernburg) 22 f. folgert aus § 287 und aus dem Sonderrechte der §§ 844, 845, daß dem Gläubiger aus eigenem Rechte eine allgemeine außerkontraktliche Ersatzklage nach § 823 Abs. 1 nicht zusteht, daß Forderungen nicht unter die nach § 823 Abs. 1 geschützten Rechte einzubeziehen sind.

3. Titze, Unmöglichkeit 114 ff.: Aus § 281 Abs. 1 ergiebt sich, daß die Unmöglichkeit der Leistung nicht Erlöschen des Schuldverhältnisses, sondern nur Reduktion des Inhalts der Obligation bewirkt; es bleiben also die für die ursprüngliche Forderung bestellten Bürgen, Pfänder und Konventionalstrafen für den Herausgabe- bzw. Abtretungsanspruch des Gläubigers verhaftet, — und dieser Anspruch unterliegt derselben Verjährung, die für die Forderung Platz gegriffen hätte; die Herausgabe des stellvertretenden commodum bedeutet keine Leistung an Erfüllungsstatt; dies hat insbesondere Bedeutung, wenn nach Herausgabe des stellvertretenden commodum die Leistung hinterher wieder möglich wird zu einer Zeit, wo der Inhalt des Schuldverhältnisses eine nachträgliche Leistung noch zuläßt, 150 f. § 281 kommt nur für die Austauschobligationen in Betracht, er ist unanwendbar, wo der Gläubiger die geschuldete Sache nur nach einzelnen Richtungen hin nutzen oder gebrauchen sollte, 120, 328; — zwischen Gewinn und Verlust muß ein innerer juristischer Zusammenhang bestehen, z. B. Versicherungssumme, die dem Schuldner aus dem von ihm geschlossenen Versicherungsvertrage zufällt; bezüglich der Versicherungssumme, die der Pfandgläubiger auf Grund eigener Versicherung der Sache ausgezahlt erhält, kommt es darauf an, ob der Pfandgläubiger zum Abschlusse des Versicherungsvertrags dem Verpfänder gegenüber verpflichtet war oder nicht, so: OLG. Hamb., Seuff. A. **43** Nr. 83; die Höhe des Schadens bemißt sich bei kontraktlicher Haftung des Dritten nach der Person des Schuldners, — bei außerkontraktlicher Haftung des Dritten nach der Person des Gläubigers, — vorbehaltlich richterlicher Würdigung gemäß § 287 CPO. im einzelnen Falle.

4. Rehbein II 117: Das Prinzip des § 281 ist für den Gläubiger von wesentlichem Werthe nur im Falle des § 275, insofern es ihm an Stelle des verlorenen Anspruchs einen anderen giebt; im Falle des § 280 ist § 281 für den Gläubiger lediglich insofern von Werth, als es ihn von der Nothwendigkeit befreit, den Betrag seines Interesses zu beweisen.

Hellwig, Verträge 542 ff., 545 bei Begründung der prinzipiellen Zulässigkeit der Versicherung fremder Interessen: § 281 ist von ganz besonderer Bedeutung in den außerordentlich zahlreichen Fällen, in welchen der Herausgabepflichtige die Versicherung deshalb genommen bzw. beibehalten hat, weil es völlig ungewiß ist, ob er durch diese Maßregel im eigenen oder fremden Interesse handelt.

Windmüller, Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes pretium succedit in locum rei, res in locum pretii nach gem. R. und BGB., 102 f.: Auf Grund dieser Vorschrift kann der Gläubiger auch den durch Verkauf und Tradition des geschuldeten Gegenstandes erlangten Kaufpreis fordern.

5. OLG. Kolmar, DJZ. **01** 536 u. R. **02** 43: Ist einem Verkäufer aus irgend einem nicht in seiner Person gelegenen Grunde unmöglich, die von ihm herzustellende individualisirte Waare in der bestimmten Frist zu liefern, so wird er nicht bloß von der Lieferungspflicht befreit, sondern kann auch nicht auf Entschädigung dafür angegangen werden, daß der zur Anfertigung der Waare dienende Rohstoff von ihm mit Gewinn anderweit verwerthet werden konnte und dem Käufer durch die Nichtlieferung ein Gewinn entgangen ist. Es kann in diesem Falle nicht von einer ungerechtfertigten Bereicherung die Rede sein.

§ 282. Kleineidam, Unm. u. Unv.: Dieser Paragraph entscheidet nicht die Beweislast bei der Frage, ob überhaupt eine Unmöglichkeit vorliegt, 100.

Er ist auch anzuwenden bei den gegenseitigen Verträgen. Er greift hier jedoch nur in dem Falle Platz, wenn der Streit sich darum dreht, ob den Schuldner der von der Unmöglichkeit direkt betroffenen Leistung die Vertretungspflicht trifft oder nicht. Nicht greift er Platz, wenn fraglich ist, ob die Ver-

tretungspflicht keinen der beiden Kontrahenten trifft oder nicht, und ob sie den Gläubiger trifft oder nicht, 133.

Titze, Anm. 112: Unmittelbarer Gegenstand der Beweisführung sind die konkreten Thatsachen und Begebenheiten, deren historischen Verlauf der Probant im Zusammenhange mit seinem eigenen Verhalten klarzulegen hat; die Frage hingegen, ob letzteres eine culpa des Schuldners involvirt, ist nicht von ihm, sondern vom Richter zu beantworten.

Kisch: Anm. 107: Was der Schuldner, welcher sich auf die zufällige Unmöglichkeit beruft, zu beweisen hat, richtet sich nach den Besonderheiten des Einzelfalls.

Rosenberg, Beweislast 13 ff.: In Vertragsverhältnissen hat der Schuldner stets seine Schuldlosigkeit zu beweisen; so in BGB. §§ 282, 285, 323, 324, 325, 338, 498, 548, 602, 645[1], 701, 732, 1050, 2132; Ausnahmen: §§ 254, 529, 617[1]; so vgl. hinsichtlich des § 602 OLG. Jena, R. **02** 588.

§ 283. 1. Schollmeyer 119 Nr. 3: Die Erklärung des Gläubigers, daß er die Annahme der Leistung nach Ablauf der gestellten Frist ablehne, enthält keineswegs seine Verpflichtung, daß er sie bis dahin unter allen Umständen noch annehmen werde. Der Gläubiger ist berechtigt, die ihm innerhalb der Frist vom morosen Schuldner angebotene Leistung mit Motivirung aus § 286 Abs. 2 abzulehnen. — Uebereinstimmend Titze, Anm. 162; dagegen Romeick, Zur Technik des BGB. Heft 1 Fristbestimmung 81 ff.; Während des Laufes der von ihm gesetzten Frist ist der Gläubiger mit der Behauptung und dem Beweise, sein — im Momente der Fristbestimmung noch vorhandenes — Erfüllungsinteresse sei nunmehr weggefallen, — ausgeschlossen.

Gaupp-Stein, CPO. 533: Die Frist beginnt mit der Rechtskraft des Urtheils; dagegen Romeick a. a. O. 105 ff.: Die Frist beginnt mit der Verkündung des Urtheils; gegen Romeick Nöldecke, Buschs Z. **29** 263 f.

2. Titze, Anm. 146 f.: Im § 283 hat BGB. ein außerordentlich praktisches Institut geschaffen; der Gläubiger braucht, auch wenn er weiß, daß die Leistung unmöglich geworden ist, nicht davor zu scheuen, auf Naturalerfüllung zu klagen; Fristablauf giebt ihm den Anspruch auf Schadensersatz und enthebt ihn des nicht leichten Beweises der Unmöglichkeit der Leistung.

OLG. Breslau, R. **02** 507: § 283 setzt die Möglichkeit der Leistung nach der rechtskräftigen Verurtheilung voraus; für den Fall der Unmöglichkeit zur Zeit des Urtheils trifft § 325 bzw. 280 zu.

§ 284. 1. Paech, Leistungsverzug: Leistungsverzug ist auch bei solchen Geschäften möglich, deren Vornahme das Gesetz verbietet, sofern nämlich das dem Civil- oder Strafverbote zuwiderlaufende Rechtsgeschäft trotzdem als rechtsbeständig anzuerkennen ist (z. B. Verzug aus einem gegen die Bestimmungen der Sonntagsruhe abgeschlossenen Kaufgeschäfte) 17 ff. Siehe dort auch wegen des Verzugs aus Lotteriegeschäften.

Die Vorschriften über den Leistungsverzug greifen auch Platz bei den auf ein Unterlassen und unmittelbar auf das Interesse gerichteten Forderungen sowie bei Ansprüchen aus absoluten Rechten, 20 ff. Die Mahnung ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung, auf welche die für Rechtsgeschäfte sich beziehenden Vorschriften analoge Anwendung finden, 50 ff. Ebensowenig fällt sie unter den Begriff der rechtsgeschäftlichen Verfügung, denn — anders wie die Kündigung — wirkt sie keine unmittelbare Rechtsänderung. Sie darf weder als eine bedingte noch als eine eventuelle erklärt sein, 59. Eine auf eine Mehrforderung gerichtete Mahnung ist regelmäßig ungültig. Anders aber, wenn trotz der Mehrforderung die Obligation, welche zur Aufhebung gelangen sollte, dem Schuldner erkennbar sein mußte und das Unterbleiben der Leistung in Folge der plus petitio wider Treu und Glauben im Verkehre verstoßen würde und im Falle

der Leistungsweigerung des Schuldners, 63 ff. Letztere macht die Mahnung sogar überflüssig, 81 ff.

2. Rehbein II 120: Die Kontroverse über die Bedeutung der plus petitio bei der Mahnung läßt sich durch einen abstrakten Rechtssatz nicht entscheiden. Geringfügige Mehrforderung ist nach § 320 Abs. 2 bedeutungslos, **RG. 14** 108. Auch sonst ist immer zu prüfen, ob auch die richtige Mahnung nicht gefruchtet haben würde und wie sich der Schuldner der Mahnung gegenüber verhalten hat, **RG. 9** 141, Seuff. A. **32** Nr. 309; vgl. auch OLG. **2** 439 (Kiel): Eine Zuvielforderung beeinträchtigt die Wirksamkeit der Mahnung hinsichtlich des zu Recht Geforderten nicht.

3. Rehbein II 119: Mahnung ist einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft im Sinne der §§ 130 ff. — Klage auf Feststellung und Ladung zur Sühne, CPO. § 510, ist nicht Mahnung; verfrühte Klage ist, auch wo die Klage vor Fälligkeit zugelassen ist, CPO. §§ 257—259, wie Mahnung vor Fälligkeit zu behandeln; Verzug tritt erst ein, wenn der Rechtsstreit nach der Fälligkeit fortgesetzt wird.

Nach Manigk, Anw. d. R. 95, ist die Mahnung weder Rechtsgeschäft noch Willenserklärung, sondern sog. Vorstellungsmittheilung (Zitelmann).

4. Titze, Unm. 41: Der Verzug ist eine vom Schuldner zu vertretende theilweise Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit; Mot. II 210.

5. Jacobi, Werthpapiere 129: Abs. 2 findet auf Werthpapiere nicht Anwendung.

6. Aus der Praxis: **RG.** JW. **02** 28: Giebt ein Kaufmann schon vor Eintritt der Fälligkeit die bestimmte Erklärung ab, nicht erfüllen zu wollen, so gilt auch jetzt — HGB. § 346 (alt Art. 279), daß er sich dadurch selbst in Verzug setzt und den Gläubiger jeder weiteren hierauf abzielenden Thätigkeit überhebt, — Ebenso **RG. 7** 44 und Romeick, Fristbestimmung 86 ff.; dagegen Staub, DJZ. **02** 67 f.

RG. 50 210 f., JW. **02** Beil. 197: Die verschiedenen Entscheidungen des Reichsgerichts, wonach, falls ein Vertragstheil die bestimmte Erklärung, nicht erfüllen zu wollen, abgiebt, es einer weiteren Mahnung nicht bedürfe, um den Eintritt des Verzugs und dessen Folgen zu bewirken, beziehen sich nur auf den Schuldnerverzug, und es kann der in denselben ausgesprochene Grundsatz gegenüber den positiven Bestimmungen der §§ 294, 295 beim Annahmeverzug nicht gelten; vgl. Staub, DJZ. **02** 426; s. unter § 326.

RG. 50 261, DJZ. **02** 273, JW. **02** Beil. 230: Die Mahnung darf mit der die Fälligkeit begründenden Handlung verbunden werden und braucht keine ausdrückliche zu sein.

RG. JW. **01** 398. Ist das Testament noch nicht eröffnet, so kann die zur Inverzugsetzung eines Erbschaftsschuldners erforderliche Mahnung rechtswirksam erst erfolgen, nachdem durch Eröffnung des Testaments die Erben mit Gewißheit festgestellt sind. Eine frühere Mahnung durch die voraussichtlichen Erben ist unwirksam, selbst wenn der Schuldner nach der Testamentseröffnung über die Personen der Erben von anderer Seite Kenntniß erhält.

RG. R. **02** 262: Gegen eine Mahnung ohne gleichzeitiges Angebot der Gegenleistung hat der nur Zug um Zug zu leisten verpflichtete Schuldner die verzögerliche Einrede, daß er die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern darf (§§ 273, 320): demnach trifft § 285 zu.

RG. JW. **02** Beil. 252: Zwar kommt der Schuldner ohne weitere Mahnung in Verzug, wenn er vor der Fälligkeit bestimmt erklärt, nicht leisten zu wollen, hat aber der Gläubiger vorzuleisten, so muß hinzukommen, daß vorgeleistet oder der Schuldner im Annahmeverzug ist. Der Annahmeverzug aber

setzt nach § 297 voraus, daß der Anbietende überhaupt im Stande war, die Leistung zu bewirken (vgl. hierzu **RG. 50** 260).

OLG. Posen, PosMschr. **01** 165 u. R. **02** 18: Durch die Verweigerung der Annahme der angebotenen Waare kommt der Käufer nicht nur in Annahme- sondern auch in Zahlungsverzug; PosMschr. **01** 19: Der Käufer hatte bestimmte Akzepte nach Lieferung der Waaren auszustellen. Da der Tag der Lieferung zunächst ungewiß war, konnte ein Verzug bezüglich der Akzepte erst nach erfolgter Mahnung eintreten.

§ 285. 1. OLG. 5 29 (Celle): Der im Konkurs eines Gutspächters bestellte Verwalter hatte die Herausgabe eines vom Gutspächter dem Kläger verkauften und durch Abschluß eines Leihevertrags zu Eigenthum verschafften Ochsen verweigert, weil der Gutsverpächter auf Grund seines gesetzlichen Pfandrechts widersprach; dieser Widerspruch war gerechtfertigt, weil die gemäß §§ 936 Abs. 1 Satz 3, 930 zur Beseitigung des Pfandrechts erforderliche Uebergabe der zu Eigenthum übertragenen Sache nicht erfolgt war; demnach war der Konkursverwalter nicht in Verzug gerathen, — das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters war ein ihn an rechtzeitiger Leistung hindernder Umstand.

2. Paech, Leistungsverzug 12 ff. führt aus, daß unverhältnißmäßige Geldaufwendungen zum Zwecke der Einhaltung der Leistungszeit den Leistungsverzug ausschließen können.

§ 286. 1. Staub, Guttentag'sche Festschrift f. d. 26. Deutschen Juristentag 41: Auf Grund naheliegender und zwingender Analogie des § 286 muß der Rechtsgrundsatz angenommen werden, daß derjenige, der eine Verbindlichkeit durch eine positive Handlung schuldhaft verletzt, dem Anderen den hierdurch entstehenden Schaden zu ersetzen hat. — Vgl. dazu Müller, R. **02** 541 ff. u. 576 ff., Dernburg, DJZ. **03** 1 ff. und Kipp, DJZ. **03** 253 ff.

2. Paech, Leistungsverzug, 140: Interesselosigkeit an der Leistung liegt dann vor, wenn der Zweck der Obligation, welchen der Gläubiger bei Rechtzeitigkeit der Leistung hätte erreichen können, auch wenn er dem Gegner bei Eingehung des Vertrags nicht erkennbar war, in Folge des Verzugs nicht erreicht worden und auch nicht mehr erreichbar ist, wofern der Gläubiger ihn nicht unerreichbar gemacht hat, indem er zum Beispiel eine Handlung, durch welche der Gegenstand der Obligation für ihn nutzlos geworden ist, vorgenommen hat, ohne daß eine begründete Besorgniß vorlag, daß sonst der ökonomische Zweck, den er durch die Obligation anstrebte, vereitelt werden würde. Daraus ergiebt sich, daß der Gläubiger sich nie zur Begründung des Interessefortfalls auf ein zu Unrecht vorgenommenes Deckungsgeschäft berufen kann, und daß Interesselosigkeit an der Leistung keineswegs identisch ist mit dem Interesse an der Nichterfüllung des Vertrags.

3. van Aken, JW. **01** 118 ff.: „Die Gebühr des Rechtsanwalts für Mahnbriefe, Kündigungsschreiben und Verzugssetzungen": Ohne nachfolgendes gerichtliches Verfahren ist das Honorar des Rechtsanwalts nach freiem Ermessen zu fixiren, und zwar ist $^3/_{10}$ der Prozeßgebühr angemessen; — dieselbe Gebühr erwächst bei nachfolgendem gerichtlichem Verfahren, da Mahnung, Kündigung und Verzugsetzung weder unter die „berathende Berufsthätigkeit" noch unter „den Geschäftsbetrieb einschließlich der Information" fallen, vgl. §§ 1 u. 13 Z. 1 GO. f. RA.; — die Gebühr ist stets dann ersatzmäßig, wenn die Mahnung u. s. w. berechtigt war; — dieselbe ist im Falle nachfolgenden Prozesses im Kostenfestsetzungsverfahren liquidationsfähig. — Vgl. dazu die Entscheidungen: R. **01** 259; KGBl. **00** 40; PosMschr. **00** 19 u. **01** 19; HansGZtg. Beibl. **00** 237 u. **01** 303 f.; HessRspr. **00** 45 (siehe daselbst **01** 314); Z. f. Rpfl. i. Braunschweig **01** 37 f., 64; Z. d. Bresl. AK. **00** 21.

4. OLG. Braunschw., DJZ. **99** 92: Nach Erfüllungsverzug des Verkäufers eines Grundstücks hat der Käufer einen Rechtsanwalt zugezogen, um sich über seine Rechtslage aufzuklären und durch diesen mit dem Verkäufer zu verhandeln; der Verkäufer ist für die Kosten ersatzpflichtig.

§ 288. 1. Rehbein II 44 bezeichnet als von den Civilsenaten des Reichsgerichts angenommenen Rechtssatz, als communis opinio, daß trotz Art. 170 EG. vom 1. 1. 00 ab gesetzliche Zinsen, insbesondere Verzugszinsen, nur in Höhe von 4 pCt. (5 pCt. im Falle HGB. § 352) zuzusprechen sind, auch wenn der Verzug oder die die gesetzliche Zinspflicht sonst begründende juristische Thatsache vor dem 1. 1. 00 eingetreten ist.

A. Uebereinstimmend: a) Stölzel, R. **00** 137 f.: Art. 170 EG. ist zur Interpretation des § 288 überhaupt nicht heranzuziehen; über Verzugszinsen nach dem 1. 1. 00 bestimmt das Nöthige der § 288 selbst; nur die bis zum 1. 1. 00 erwachsenen Zinsen sind im Sinne des Art. 170 EG. ein vor dem Inkrafttreten des BGB. entstandenes Schuldverhältniß; § 288 kann nichts Anderes bedeuten, als „für die Zeit vom 1. 1. 00 ab dürfen nur 4 pCt. Verzugszinsen vom Gläubiger gefordert und vom Richter zugesprochen werden"; — das allein kann der vernünftige Wille des Gesetzgebers gewesen sein, gleichgültig, ob man eine solche Vorschrift ein Gesetz mit rückwirkender Kraft nennen, und gleichgültig, ob man die durch den Verzug begründete Verbindlichkeit eine Tag für Tag sich erneuernde (so Motive zu Art. 10 des PreußAG. vom 20. 9. 1899 und **RG. 46** 74), nennen will; der vor und der nach dem 1. 1. 00 Kreditirende befindet sich hinsichtlich der Frage, welchen Betrag an Zinsen er „jedenfalls hätte ziehen können" (Motive zu I. E. § 248) genau in derselben Lage; den älteren Gläubigern 5 pCt. gewähren, heißt demnach nichts Anderes, als sie vor den jüngeren mit 1 pCt. über den Schaden hinaus zu priveligiren, den sie vom 1. 1. ab durch Entbehrung ihres Geldes nach Annahme des Gesetzgebers erleiden, vgl. die KVO. vom 2. 6. 1827 (GS. 76) über den Zinsfuß für Ostpreußen, und vgl. die von Rehbein angezogenen PreußPP. vom 9. 9. 1814 § 13, PP. vom 9. 11. 1816 § 17 und PP. vom 15. 11. 1816 § 13.

b) Schönfeld, R. **00** 55 ff.: Der Verzug hat seine Quelle nicht in dem Willen der Vertragsschließenden oder in der sonst das Schuldverhältniß erzeugenden Begebenheit, er ist eine selbständige causa; das Schuldverhältniß kann als Voraussetzung, nicht aber als der erzeugende Boden für die Verzugszinsen angesehen werden; das Wesen des Verzugszinses zeigt sich vornehmlich als eine Sühne der Eigenmacht, für deren Höhe der Gesetzgeber den Geldmarkt zum Maßstabe genommen hat, die Erwirkung seiner Entschädigung bleibt dem Benachtheiligten nach Abs. 2 des § 288 anheimgestellt.

c) Neukamp, R. **00** 77: Der Verzug ist eine allgemeine Rechtsfigur mit typischen Folgen und steht mit der konkreten Beschaffenheit des Schuldverhältnisses in keinem bedingenden Zusammenhange, so daß also Art. 170 EG. nicht zur Anwendung kommen kann; die gesetzliche Zinspflicht in Folge des Verzugs entsteht in jedem Moment neu; die Regelung des gesetzlichen Zinsfußes ist von jeher publici juris.

d) Neumann, JW. **00** 506 f.: Die Anwendung der neuen Zinssätze auf das alte einheitliche Schuldverhältniß ist deswegen begründet und geboten, weil für dasselbe, d. h. für die aus demselben laufenden gesetzlichen Zinsverbindlichkeiten nach den bisherigen Gesetzen (EG. Art. 170) der jeweilig gesetzlich festgestellte landesübliche Zinsfuß maßgebend ist.

e) Scherer, R. **00** 329: Die Zinsen (auch die Delikts- und Strafzinsen) haben in allen Fällen (ausgenommen die gerichtliche Hinterlegung, die vertrags-

mäßigen und die Wechselzinsen) einen und denselben Charakter, sie erneuern sich mit jedem Tage, also gilt vom 1. 1. 00 ab das neue Recht.

f) Mannhardt, Hans.GZ. 00 Beibl. Nr. 14, 29 ff. (die Verzugsnorm des alten Rechtes hat nicht von vornherein und für immer der Forderung den Charakter eines im Verzugsfalle in bestimmter Höhe verzinslichen Anspruchs verliehen). Brogsitter, Ztschr. des Rheinpreuß. Amtsrichtervereins 00 153; Keyßner, DJZ. 00 113 (die im PreußALR. I 16 § 66 auferlegten Zinsen sind Zögerungszinsen für die am Tage des Urtheils zu leistende Zahlung des bis zum Urtheil (ALR. I 6 § 83) erwachsenen und in demselben festgestellten Schadensbetrags und sind nach der Gesetzeslage am Tage des Urtheils, also nach 1. 1. 00 auf 4 pCt. festzusetzen.

B. Anderer Ansicht:

a) Staub, DJZ. 00 42 f. und 64 f.: Die Wirkungen des Verzugs sind nichts weiter als eine der vielen Seiten des betreffenden Schuldverhältnisses. Die Zinspflicht ist nur eine Seite, eine Folge, eine Modalität der gesammten Obligation, und entsteht nicht mit jedem Tage von neuem, sondern die einmal begründete Zinspflicht dauert fort, bis sie durch Befriedigung des Gläubigers beseitigt wird, also entscheidet Art. 170 EG.; die zur Ermäßigung des Zinsfußes führende wirthschaftliche Erwägung ist ein Grund für die Neuerung, aber kein Grund für die Rückwirkung.

b) Goldenring, DJZ. 00 133: Der Verzug ist keine Handlung des Schuldners, sondern weiter nichts, wie seine unentschuldbare Nichtleistung zur rechten Zeit; es ist daher eigentlich ungenau von den Folgen des Verzugs zu sprechen, die in Wirklichkeit solche der gänzlichen oder zeitlichen Nichterfüllung sind, nachdem nämlich der Schuldner in Verzug gerathen ist; die Klage wegen Verzugs ist keine besondere Verzugsklage, sondern die Klage aus dem Schuldverhältniß, und der Anspruch auf Verzugszinsen erscheint meistens als Nebenanspruch neben dem Anspruch auf Leistung; sämmtliche Ansprüche auf Erfüllung aber beurtheilen sich gemäß Art. 170 EG. nach altem Rechte.

c) Hölder, DJZ. 00 101 ff.: Die Haftung für Verzug, oder für Vereitelung der Leistung entsteht durch Thatsachen, deren ganze Bedeutung auf der Eigenschaft der Leistung als einer kraft früherer Thatsachen geschuldeten beruht; die Mahnung ist das mit Recht, d. h. dem Inhalte des Rechtes entsprechend erhobene Verlangen der geschuldeten Leistung und bewirkt Verzug, unabhängig davon, ob sie zur Kenntniß des Schuldners gelangt; der Eintritt des Verzugs ist also nicht dadurch bedingt, daß der Schuldner die Mahnung pflichtwidrig nicht beachtet, — der Schuldner kann sich vielmehr auf seine Unkenntniß der ihm zugegangenen Mahnung und auf seine Entblößung von den zur Erbringung der Leistung erforderlichen Mitteln nicht berufen, — woraus sich auch die Unrichtigkeit der Annahme, daß der Verzug in jedem Momente seiner Dauer von neuem beginne, ergiebt. Die Erweiterung der Schuld durch Verzug des Schuldners ist also eine Konsequenz ihres ursprünglichen Inhalts, für die daher, wie für diesen, das Recht der Zeit maßgebend ist, der ihr Entstehungsgrund angehört; — anlangend die durch Rechtsgeschäft begründeten Schuldverhältnisse ist ferner der Satz, daß Leistungsverzögerung trotz Mahnung zum Schadensersatze verpflichtet, eine subsidiäre Rechtsbestimmung, deren Existenz gerade die Parteien zur Unterlassung einer mit dieser susidiären gesetzlichen Regelung übereinstimenden Vertragsbedingung bewogen haben kann; die subsidiäre Rechtsbestimmung ist daher auf den Inhalt älterer Geschäfte nicht anwendbar. Die gesetzlichen Verzugszinsen sind lediglich das durch irgend eine Schädigung des Gläubigers nicht bedingte Minimum der durch den Verzug begründeten Erweiterung einer Geldschuld; ihre Herabsetzung durch das BGB. bedeutet also

nicht, daß die durch den Verzug entstehenden Nachtheile des Gläubigers durch die niedrigere Verzinsung als ausgeglichen gelten; diesfalls müßte auch eine Erhöhung der gesetzlichen Zinsen auf ältere Schuldverhältnisse Anwendung finden. Das BGB. hat nicht nur die Wirkungen des Verzugs durch Herabsetzung der Verzugszinsen, sondern auch die Voraussetzungen desselben ermäßigt, insbesondere gegenüber dem gemeinen Rechte dadurch, daß Unkenntniß der Schuld nicht mehr den Verzug ausschließt; läßt man für die Wirkungen das neue, für die Voraussetzungen das alte Recht gelten, so kommt höchst ungerechter Weise die Ermäßigung der Wirkungen dem Schuldner zu Gute, ohne daß die Ermäßigung der Voraussetzungen dem Gläubiger zu Gute käme; und hätte das neue Recht die Wirkungen ermäßigt, die Voraussetzungen aber vermehrt oder umgekehrt, so würde die Anwendung des neuen Gesetzes den Umfang der durch den obligirenden Thatbestand gegebenen Haftung des Schuldners nach zwei Richtungen in einem Falle ermäßigen, im anderen steigern. Die bei den einzelnen Obligationen individualisirten Wirkungen, z. B. Haftung des Verkäufers sind der Aenderung durch ein neues Gesetz nicht mehr entrückt als die allgemeine Haftung des Schuldners; denn einer bestimmten Art sind die Merkmale der Gattung, der sie angehört, nicht weniger eigen, als ihre besonderen Artmerkmale; das Bedürfniß der Beurtheilung jener individualisirten Wirkungen nach bisherigem Rechte belegt die Richtigkeit derselben Beurtheilung für die allgemeine Haftung des Schuldners. Schon die Gebundenheit des Schuldners bildet einen Theil des Inhalts des Schuldverhältnisses; wirken spätere Thatsachen kraft dieser Gebundenheit des Schuldners, so handelt es sich um Konsequenzen des ursprünglichen Inhalts des Schuldverhältnisses.

Eine Mittelmeinung vertritt Brettner, DJZ. **00** 90 f. dahin: Durch den Verzug entsteht ein besonderes, neues Schuldverhältniß, das auf Schadensersatz gerichtet ist (§ 286 Abs. 1); fällt die Verzugshandlung vor den 1. 1. 00, so ist nach Art. 170 EG. das alte Gesetz, andernfalls das neue anzuwenden.

2. Entscheidungen:

a) 4 pCt.: **RG. 46** 74, JW. **00** 269 und Seuff. A. **55** 383; Gruchots Beitr. **44** 1094; OLG. Dresden, Seuff. A. **55** Nr. 198, SächsA. **10** 177 und JZ. **00** 98 u. 120; OLG. Posen, PosMschr. **00** 5, 19 u. 44; OLG. Hamb., HansGZ. Beibl. **00** 17 u. 51 und DJZ. **00** 99 u. 532; OLG. München, Seuff. Bl. **00** 168; OLG. Frankf., DJZ. **00** 87; KGBl. **00** 8; OLG. Breslau, R. **00** 38.

b) Anderer Ansicht 5 pCt.: LG. Leipzig, DJZ. **00** 76. **RG.** v. 10. X. 02 JW. **02**, Beil. S. 275 u. DJZ. **03** 81:

Auch die Wirkungen eines nach dem Inkrafttreten des BGB. eingetretenen Leistungsverzugs sind hinsichtlich des Rücktrittsrechts des Gläubigers nach den bisherigen Gesetzen zu beurtheilen, da insoweit eine Ausnahme von dem Grundsatz des Art. 170 EG. z. BGB. nicht gemacht worden ist. Denn es handelt sich in diesem Falle um den Umfang des Rechtsgeschäfts bezüglich des Gegenstandes der Erfüllung, — um eine innere Entwickelung des Schuldverhältnisses, — um eine Thatsache, welche mit der konkreten Beschaffenheit desselben in einem bedingenden Zusammenhange steht. — Diese Entscheidung steht nicht in Gegensatz zu der ständigen Rechtsprechung des RG., wonach die Höhe der Verzugszinsen vom 1. 1. 00 an bei vorher entstandenen Schuldverhältnissen bedinglich nach dem BGB. sich richtet; vgl. Staub in DJZ. **02** 571.

3. Staub, DJZ. **00** 64: Steigt der Zinsfuß, so kann der Gläubiger nach § 288 Abs. 2 denjenigen Zinsfuß fordern, der unter den veränderten wirthschaftlichen Verhältnissen als die gerechte Ausgleichung seines Schadens erscheint; dies ist, wenn ein Kaufmann der Gläubiger ist, mindestens der übliche Zinssatz, und zwar braucht der Gläubiger nicht nachzuweisen, daß er Geschäfte zu diesem

höheren Zinse mit dem geschuldeten Gelde gemacht hätte, ebensowenig wie der Gläubiger, dem Waaren nicht oder nicht rechtzeitig geliefert werden, nachzuweisen braucht, daß er verkäufliche Waaren umsetzen könne; der Gläubiger kann bzw. muß das ihm vorenthaltene Geld voraussichlich zu landesüblichem Zinsfuß entweder plaziren, wenn er es in seinem Geschäftsbetriebe nicht braucht, oder sich anderweit beschaffen, wenn er es braucht.

Neukamp, R. **01** 72 und Stranz, DJZ. **01** 134 bekämpfen die Entscheidung des OLG. Celle, R. **01** 16 als gegen Art. 10 des Pr. AG. z. BGB. verstoßend; vom 1. 1. 00 ab sei die Entschädigungssumme vom Tage der Enteignung an vom Unternehmer nicht mehr zu 5 pCt. (Art. 36 Abs. 2 des Preuß. EnteignG. vom 11. 6. 1874), sondern nur noch zu 4 pCt. zu verzinsen.

B. Hilse, Ztschr. f. Lokal- u. Straßenbahnen **19** 102: Eine Berufsgenossenschaft ist (Eger, eisenb. E. u. A. **17** 287) bei Geltendmachung ihrer Ansprüche auf Schadloshaltung gegen den schuldhaften Schadensurheber aus GewUVG. § 140, Ldw. UVG. § 151, SeeUVG. § 138 nicht befugt, Verzugszinsen in Ansatz zu bringen, weil die Postverwaltung ihr zinsfrei die Entschädigungsbeträge vorschießt.

§ 289. OLG. Köln, R. **01** 16 f.; OLG. **4** 222 (Köln) u. R. **01** 538: § 289 findet auch auf ältere Schuldverhältnisse und auch dann Anwendung, wenn der Verzug bereits vor dem 1. 1. 00 eingetreten ist; Zinseszinsen, die erst mit und in Folge der Geltendmachung einer Klage gefordert werden (Art. 1154 C. civ.), können, wenn die Klage erst nach dem 1. 1. 00 erhoben ist, nicht mehr zugebilligt werden, da die materiell-rechtlichen Wirkungen dieser Klage sich nur nach neuem Rechte bestimmen können.

Zweiter Titel.

Verzug des Gläubigers.

§ 293. 1. Hellwig, Verträge 111 ff.: Der Gläubiger kommt — gleichviel, ob der Schuldner vertragsmäßig bloß die Ermächtigung oder auch die Verpflichtung zur Leistung an den Dritten hat — in Verzug dadurch, daß der Dritte die Annahme verweigert oder es unterläßt, dasjenige zu thun, was von der Gläubigerseite geschehen muß, um den Annahmeverzug zu verhindern, §§ 295, 296; und weiter kommt der Gläubiger auch dann in Annahmeverzug, wenn der Empfangsbevollmächtigte in den Fällen des § 296 die von ihm zur Bewirkung der Leistung vorzunehmende Handlung unterläßt.

Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers, Iherings J. **43** 141 ff.: Der Gläubiger kommt nicht nur in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt, sondern überhaupt dann, wenn er die von seiner Seite zur Bewirkung der Leistung erforderliche Mitwirkung unterläßt (141 ff., 196 ff.). Ein Verschulden des Gläubigers wird nicht erfordert (201 ff.). Die Mitwirkung des Gläubigers soll das Schuldverhältniß zum Erlöschen bringen; eine Annahme, die keine Annahme als Erfüllung ist, genügt daher nicht (197). Ist die Mitwirkung des Gläubigers absolut unmöglich, so kann ein Annahmeverzug nicht begründet werden (163 ff., 200). Trotz seiner Bereitschaft zur Mitwirkung kommt der Gläubiger in Verzug im Falle des § 298; und trotz fehlender Mitwirkung nicht im Falle des § 299 (198 ff.)

2. Werner, R. **00** 306: Annahme im § 293 ist Erfüllungsannahme, d. h. es muß sich mit dem auf Besitznahme gerichteten Willen entweder der Wille, die Waare zu billigen, oder wenigstens der Wille, sie als Erfüllung zu betrachten, verbinden.

3. Scherer, R. **00** 170: In Ermangelung einer Spezialbestimmung wie Pr. ALR. I. 11 § 775 ist § 293 dahin zu ergänzen, daß der Schuldner die

mehreren Erben auffordert, sich an einem bestimmten Tage an dem letzten Wohnort ihres Schuldners einzufinden oder einen Bevollmächtigten zur Empfangnahme zu bestellen oder einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten zu ernennen, dem er das Geld einsenden kann.

4. OLG. Dresden, SächsA. **12** 505: Hat der Verkäufer eine größere als die bestellte Menge zugesandt, so kann hierin unter Umständen doch ein gehöriges Angebot enthalten sein, wenn die Ausscheidung und Annahme des bestellten Theiles für den Käufer so wenig umständlich ist, daß sich die Ablehnung mit den Rücksichten, die ein ehrbarer Kaufmann gegen Geschäftsfreunde zu nehmen pflegt, nicht wohl vereinbaren lassen würde.

OLG. Frankfurt, R. **02** 507: Aus dem einseitigen Rücktritte des Miethers vom Miethvertrag entsteht dem Vermiether kein Anspruch auf Schadensersatz, er behält vielmehr seinen Anspruch auf den Miethpreis, solange er seinerseits erfüllungsbereit ist.

§ 294. Rosenberg, Iherings J. **43** 149 ff. bekämpft die im gemeinen Rechte aufgestellte und nach der übereinstimmenden Meinung der Literatur in das BGB. übergegangene Eintheilung des Angebots in Real- und Verbaloblation als unlogisch und fehlerhaft, weil der Unterschied zwischen den beiden Arten des Angebots nicht das Angebot, sondern die Leistungsbereitschaft betrifft. Im gemeinen Rechte stellte man den Satz auf, bei Bringschulden müsse der Schuldner real anbieten, verbal dagegen bei Holschulden sowie dann, wenn der Gläubiger noch in anderer Weise durch Handlungen zur Lösung des Schuldverhältnisses beizutragen habe, endlich auch im Falle vorheriger ernstlicher Erklärung der Annahmeverweigerung. Das Prinzip der Eintheilung in Real- und Verbaloblation beruht jedoch auf dem bloß äußeren Momente, daß bald der Schuldner die Sache zu bringen, bald der Gläubiger sie zu holen hat, also auf der Verschiedenheit des Erfüllungsorts. Da aber der Schuldner nur seine Pflicht thut, wenn er bei einer Bringschuld den Leistungsgegenstand dem Gläubiger bringt, und nicht weniger leistet, wenn er bei einer Holschuld die Sache bei sich bereit hält, so zeigt sich, daß man nicht fragen darf, *wie* hat der Schuldner anzubieten? sondern *was* muß der Schuldner anbieten? oder besser: *was ist zur Leistungsbereitschaft des Schuldners erforderlich?* Die Beantwortung dieser Frage richtet sich nach dem Inhalte des jeweiligen Schuldverhältnisses. Der Schuldner hat bei Bringschulden nicht „real" und bei Holschulden nicht „verbal" anzubieten, sondern *der Schuldner hat immer das anzubieten, wozu er nach dem konkreten Schuldverhältnisse verpflichtet ist.* In den Fällen dagegen, wo der Gläubiger in anderer Weise als durch Annehmen oder Abholen zur Lösung des Schuldverhältnisses mitzuwirken hat, kann der Schuldner nicht vollkommen leistungsbereit sein. *Hier genügt das Angebot einer nur wörtlichen, einer nur erklärten Leistungsbereitschaft.* Ebenso zu behandeln ist der Fall, daß der Gläubiger vorher ernstlich erklärt, er werde seine Mitwirkung nicht eintreten lassen. Es ist also eine Grenze zu ziehen zwischen den Fällen, in denen der Gläubiger die Leistung nur anzunehmen oder abzuholen hat, und *den* Fällen, wo die Mitwirkungsthätigkeit des Gläubigers in anderen Handlungen besteht oder wo der Gläubiger die Annahmeverweigerung vorher erklärt hat: *dort muß der Schuldner thatsächlich leistungsbereit sein, hier genügt das Angebot einer nur wörtlichen Leistungsbereitschaft.*

Die gleiche Eintheilung findet sich — abweichend die gemeine Meinung — auch im BGB., denn wenn § 294 bestimmt, die Leistung müsse dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, angeboten werden, so werden damit die Fälle der Holschuld mitbegriffen. Bietet doch auch der Schuldner, der den Gläubiger zur Abholung der vertragsmäßigen Leistung auffordert, „die Leistung so an, wie sie

zu bewirken ist"; deshalb hätte man die Worte: „insbesondere wenn . . . abzuholen hat" im § 295 besser fortlassen können. —

Das Ergebniß ist, daß das Angebot nur die Erklärung der Leistungsbereitschaft ist. Diese Erklärung ist ebenso wie die Aufforderung des § 295 Satz 2 eine formlose, einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Eine Ausnahme von dem Erfordernisse des Angebots s. in § 296.

Die scharfe Scheidung zwischen Leistungsbereitschaft und dem Angebot als der bloßen Erklärung dieser Bereitschaft hat folgende praktisch wichtige Konsequenzen:

a) Der Meinungsstreit, wie das Angebot bei unbekannter Abwesenheit des Gläubigers zu erfolgen hat [nur „verbal"?], ist leicht dahin zu entscheiden, daß das Angebot als eine Erklärung nach § 132 Abs. 2 zu erfolgen hat. Die Leistungsbereitschaft bleibt unberührt (159 ff.).

b) Muß der Schuldner an mehrere Gläubiger gemeinschaftlich leisten (wie nach §§ 432, 1281, 2039), so erfolgt die Erklärung der Leistungsbereitschaft an alle Gläubiger; die Bereitschaft selbst ändert sich nicht (161 ff.).

c) In den Fällen des § 295 genügt das Angebot eines Dritten nicht (arg. „des Schuldners" im Vergleiche zu § 294). Daraus wird allgemein geschlossen, daß auch bei einer Holschuld ein Dritter nicht anbieten könne. Da aber die Holschuld unter § 294 fällt, ist das Angebot eines leistungsbereiten Dritten zuzulassen (169 ff.).

d) Bei der Bestimmung des Umfanges der Leistungsbereitschaft im Falle vorheriger Annahmeverweigerung (193 ff.) s. § 297.

RG. 50 210. Das Angebot muß an dem Orte erfolgen, wo der Schuldner zu überliefern und der Gläubiger zu empfangen verpflichtet ist. Bloße Uebersendung der Faktura kann nicht als Realoblation der Waaren in Betracht kommen.

§ 295. 1. David, R. **02** 146 f.: Auch wenn der grund- und kündigungslos entlassene Handlungsgehülfe den Prinzipal nicht durch Anbieten seiner Dienste in Annahmeverzug versetzt, behält er den Anspruch auf Zahlung seines Lohnes für die Kündigungsfrist, denn der Prinzipal hat ihm die Leistung unmöglich gemacht, § 324. — Vgl. Seuff. A. **57** 359.

OLG. Marienw., Seuff. A. **57** 361: Im Falle unrechtmäßiger Entlassung ist der Dienstpflichtige nicht verbunden, zur Wahrung seiner Ansprüche gegen den Dienstherrn diesem seine Dienste anzubieten.

Kohler, Handb. des D. Patentr. 700: Nach Beendigung des Dienstverhältnisses kann der Patentanwalt jeder Zeit die Rücknahme der Handakten verlangen; dadurch kommt die Partei, da sie die Handakten abzuholen hat, in Annahmeverzug.

Rosenberg vgl. zu § 294.

RG. 43 104: § 295 schließt sich an die bisherige Rechtsanschauung an; schon nach früherem Rechte war es unrichtig, daß bei einem Spezifikationskaufe der Käufer nicht in Annahmeverzug kommen könne, solange er nicht spezifizirt habe.

RG. 50 210, JW. **02** Beil. 197: Der Regel nach ist Realoblation am Erfüllungsorte geboten. Bei Weigerung der Annahme genügt nur das nachfolgende, nicht das vorhergehende wörtliche Angebot. (Vgl. **RG. 50** 260.)

RG. 50 210, JW. **02** Beil. 197: Die verschiedenen Entscheidungen des Reichsgerichts, wonach, falls ein Vertragstheil die bestimmte Erklärung, nicht erfüllen zu wollen, abgiebt, es einer weiteren Mahnung (Sommation) nicht bedürfe, beziehen sich nur auf den Schuldnerverzug und der in denselben ausgesprochene Grundsatz kann gegenüber den positiven Bestimmungen der §§ 294, 295 beim Annahmeverzuge nicht gelten. Vgl. dazu Staub, DJZ. **02** 426.

Der Verzug des Gläubigers endigt: mit dem Erlöschen des Schuldverhältnisses; durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner; durch nochmaliges Angebot und Annahme; endlich durch die Erklärung des Gläubigers, er sei bereit, die Leistung anzunehmen und den Anspruch aus § 304 zu befriedigen. Abweichend vom gemeinen Rechte muß der Schuldner die Sache bei einer Bringschuld wiederum bringen; die Bringschuld verwandelt sich nicht in eine Holschuld. — Auf der Gläubigerseite und auf Seiten des Schuldners können und müssen dieselben Personen mitwirken, wie beim Angebot; s. zu §§ 297, 424 (296 ff.).

§ 296 statuirt die einzige Ausnahme von dem Erfordernisse des Angebots. Wesentlich ist, daß sich auf Grund der Bestimmungen des Schuldverhältnisses ein fester Zeitpunkt ermitteln läßt, wo der Gläubiger die ihm obliegende Handlung vornehmen soll. Rosenberg, Ihering J. **43** 158 f.

§ 297. 1. Stadthagen u. Cuno, Gewerbegericht **5** Sp. 262 ff.: Der Arbeitgeber kommt trotz Unmöglichkeit der Annahme, — z. B. wenn die Fabrik niedergebrannt, der Dampfkessel explodirt ist, — in Annahmeverzug: Die gegentheilige Ansicht kommt darauf hinaus, daß zum Annahmeverzuge des Gläubigers ein Verschulden erforderlich sei; eine Unmöglichkeit der Erfüllung auf Seiten des Arbeiters liegt diesfalls nicht vor, da der Arbeiter bei Eingehung des Arbeitsvertrags lediglich seine Arbeitskraft in bestimmt umgrenzter Weise zur Verfügung stellt.

Kohler, Gläubigerverzug, Zwölf Studien 160 u. A.bürgR. **13** 200: Wenn die Fabrik abbrennt, ist der Gläubiger in der Unmöglichkeit, die Fabrikeinrichtungen zu liefern; der Arbeiter ist aber auch in der objektiven Unmöglichkeit, seine vertragsmäßige Arbeit zu leisten, denn seine vertragsmäßige Arbeit ist eine durch die Fabrik individualisirte Thätigkeit. Hierbei muß dem Einwurfe entgegnet werden, als ob ein solcher Annahmeverzug dem § 297 BGB. widerspräche, sofern der Gläubiger nicht in Annahmeverzug sein könne, wenn auf Seiten des Schuldners die (objektive oder subjektive) Unmöglichkeit der Leistung vorliege. Dies ist zwar in sonstigen Fällen zutreffend, hier aber nicht: der Gläubiger kann dem Schuldner die Unmöglichkeit nicht entgegenhalten, die zuerst ihn und erst per consequens den Schuldner trifft; wenn Umstände im Bereiche seines Annahmewirkens entstehen und sich in das Bereich des schuldnerischen Leistungswirkens hinüber erstrecken, so kann er seinen Annahmeverzug nicht mit der Motivirung ablehnen, daß der Schuldner in Folge dieser Umstände nicht in der Erfüllungsmöglichkeit war.

Bendix, Privatr. 264: Das Unvermögen des Schuldners kann selbst bei einem reellen Angebote vorliegen, z. B. wenn sich der Schuldner die Waare lediglich zum Zwecke der Oblation geliehen, in Wirklichkeit weder liefern konnte noch wollte (ROHG. **16** 281).

Rosenberg, Ihering J. **43** 141 ff. a) Für den Umfang der Leistungsbereitschaft kommen die allgemeinen Grundsätze über die Erfüllung zur Anwendung:

α. Wer leisten kann, kann auch anbieten; also der Schuldner, sein gesetzlicher oder vertragsmäßiger Vertreter, jeder Dritte, s. zu § 267 (168 ff.).

β. Wem geleistet werden kann, dem kann auch angeboten werden: dem Gläubiger oder seinem Vertreter, einem Gesammtgläubiger (§ 429), allen Gläubigern im Falle des § 432, bei der Forderungsübertragung dem bisherigen Gläubiger, sofern der Schuldner die Abtretung nicht kennt, im Falle des § 409 demjenigen, dem nach der Anzeige die Forderung abgetreten ist, dem im Erbscheine bezeichneten Erben (§§ 2367, 2366). (171 ff.)

γ. Der Gegenstand des Angebots richtet sich ebenfalls nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses; Theilleistungen (s. zu § 266) und Mehrleistungen kann der Gläubiger ablehnen, ebenso eine Erfüllung unter Vorbehalt (s. 176 ff.).

δ. Ueber die Zeit der Leistung (179 ff.) s. § 271.

ε. Ueber den Ort der Leistung (181 ff.) s. §§ 269, 270.

Was die Dauer der Leistungsbereitschaft anlangt, so braucht der Schuldner nur in dem Zeitpunkte leistungsbereit zu sein, wo er die Leistung anbietet und, wenn ein Angebot nicht erforderlich ist, in dem Zeitpunkte, wo der Gläubiger seine Mitwirkungsthätigkeit eintreten lassen muß (164 ff.).

Bei streitiger Leistungsbereitschaft trifft den Gläubiger die Beweislast; der Gläubiger muß daher ein bona fide auszuübendes Untersuchungsrecht haben (165 ff.).

b) Der Begriff der Leistungsbereitschaft ist verschieden (183 ff.) für die Fälle thatsächlicher oder nur wörtlicher Leistungsbereitschaft:

α. Der Schuldner ist leistungsbereit, wenn er das zur Bewirkung der Leistung Erforderliche gethan hat, soweit er es ohne die Mitwirkung des Gläubigers thun konnte, und wenn er zugleich bereit und im Stande ist, nach erfolgter Mitwirkung die Leistung in gehöriger Weise, insbesondere zu rechter Zeit und am rechten Orte zu bewirken. Ausscheidung ist nicht erforderlich (anders im § 300 Abs. 2). (184 ff.)

β. Im Falle vorheriger Erklärung der Annahmeverweigerung ist der Schuldner leistungsbereit, wenn er ohne die Erklärung des Gläubigers, nicht annehmen zu wollen, im Stande gewesen wäre, die Leistung vertragsmäßig zu bewirken (193 ff.).

c) Da das Nichtanbieten der Gegenleistung dieselbe Wirkung hat, wie das Unterlassen der Mitwirkung, so muß auch der vorherigen Erklärung der Annahmeverweigerung der Fall gleichstehen, daß der Gläubiger vorher dem Schuldner ernstlich erklärt hat, er werde die Gegenleistung nicht anbieten (195).

2. **RG. 50** 260 f.: An Erfüllungsbereitschaft ist nicht mehr zu fordern, als zur Begründung eines Annahmeverzugs nothwendig ist. — Der Gläubiger hat zu beweisen, daß der Schuldner zur Zeit des Angebots außer Stande war, die Leistung zu bewirken; vgl. auch OLG. Breslau, R. **02** 556.

§ 298 findet nicht nur bei gegenseitigen Verträgen Anwendung, sondern überall da, wo der Schuldner für seine Leistung vom Gläubiger etwas verlangen kann, also in den Fällen des BGB. §§ 255, 273^3, 281^1, 368, 371, 410, 797, 1144, 1223, des HGB. § 812^1, sowie in den Fällen der actio contraria, BGB. §§ 601, 670, 693, 699, 994. Rosenberg, Ihering J. **43** 198 f.

§ 299 entspricht einem weitverbreiteten Handelsbrauche, wonach der Verkäufer dem Käufer die Waare avisirt. Rosenberg a. a. O. 200 f.

§ 300. 1. Durch den Annahmeverzug des Gläubigers wird der Schuldner nicht befreit, er hat dafür zu sorgen, daß ihm die geschuldete Leistung nicht in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich werde, aber diese Sorge findet dann ihre Grenze, wenn sie nur unter Aufwendung erheblicher Kosten möglich ist, die durch den Abnahmeverzug verschuldet sind und außer Verhältniß stehen zum Werthe des Leistungsgegenstandes. OLG. **4** 30 f. (Posen).

2. Magendantz, JW. **01** 472: Annahmeverzug verwandelt die Bringschuld nicht in eine Holschuld.

Rosenberg, Ihering J. **43** 141 ff. Die Ermäßigung der Haftung nach § 300 Abs. 1 tritt ein, auch wenn der Schuldner, z. B. im § 278, vorher für Zufall gehaftet hatte, und nicht nur „in Ansehung eines dem Gläubiger zu gewährenden Gegenstandes" (so Entw. I § 257^1), sondern bei allen Leistungen (275).

Während das gemeine Recht mit dem Annahmeverzuge den **Uebergang der Gefahr** schlechthin eintreten läßt, enthält das BGB. — abgesehen von § 644[1] — hierüber nur die Bestimmung bezüglich Gattungsschulden im § 300 Abs. 2. Ergänzend ist § 243 heranzuziehen. Auf Grund dieser §§ 300[2] und 243 sind folgende Sätze aufzustellen (275 ff.):

a) Bei **Speziesschulden** trägt der Gläubiger auch ohne Verzug die Gefahr (§ 275). (276.)

b) Bei **Genusschulden** geht auf Grund des § 300 Abs. 2 die Gefahr auf den Gläubiger über (277 ff.):

α. wenn eine **bestimmte** Sache angeboten wird. Es ist also Ausscheidung erforderlich, außer bei den sog. gemischt generischen Obligationen;

β. wenn die Sache **angeboten** wird; § 300[2] findet also keine Anwendung auf § 296. Hier greift § 243 Platz. Die Frage, ob hier „Verbalangebot" oder die Aufforderung des § 295 Satz 2 genüge, ist bei der Unterscheidung zwischen Angebot und Leistungsbereitschaft (s. zu §§ 294, 295) überflüssig;

γ. endlich, wenn der Verzug **durch Nichtannahme** eintritt. § 300[2] gilt also nicht für § 298; hier geht die Gefahr nach § 243 über.

c) Auf **Wahlobligationen** übt der Annahmeverzug keine Wirkung aus; solange die Wahl nicht erfolgt ist (vgl. § 264 Abs. 2), bleibt es bei der allgemeinen Vorschrift des § 265 (280 ff.).

d) Bei **gegenseitigen Schuldverhältnissen** gilt das zu 1 bis 3 Gesagte; der Untergang des Leistungsgegenstandes nimmt dem Schuldner nicht den Anspruch auf die Gegenleistung (§ 324 Abs. 2). (282 f.)

Außer den in den §§ 300—304 geregelten Wirkungen des Annahmeverzugs kommen noch folgende in Betracht:

a) das Recht zur Hinterlegung (221 ff.), s. §§ 372 ff.;
b) das Verkaufsrecht (238 ff.), s. §§ 383 ff.;
c) die Klage auf Abnahme (245 ff.), s. §§ 433[1], 640[1];
d) der Uebergang des Wahlrechts, s. § 264 Abs. 2 (268 ff.) und der Uebergang des Spezifikationsrechts nach HGB. § 375 (270 f.);
e) die Rechte des Dienstberechtigten nach § 615 (272);
f) die Rechte des Unternehmers nach §§ 642, 643, 649 (273);
g) die Rechte des Vermiethers nach § 552 (273 f.);
h) die Einwirkung auf Sicherungsmittel, s. §§ 339, 357, 358, 360, 361, 542, 554, 636, 1142, 1224 (288 ff.);
i) endlich die Einwirkung auf die Einrede des nichterfüllten Vertrags gemäß §§ 322, 324[2] (283 ff.).

Die Wirkungen treten ein nicht schon mit dem Angebote, sondern erst mit der unterlassenen Mitwirkung. Hierzu muß dem Gläubiger ein angemessener Zeitraum zur Verfügung stehen, dessen Umfang sich nach der vorzunehmenden Handlung richten muß (210 ff.).

§ 301. Kohler, Iherings J. **17** 382 ff. und Zwölf Studien, Gläubigerverzug 227 ff. über die zu § 301 führende geschichtliche Entwickelung; § 301 gilt nur für verzinsliche Geldschulden, nicht für sonstige Zinsenschulden: für diese gilt der Grundsatz, daß die Verzinsung erst mit der Hinterlegung des Geschuldeten aufhört, § 379.

§ 301 gilt nur von verzinslichen Geldschulden, nicht von anderen verzinslichen Schulden; s. auch zu § 302 (Rosenberg, Ihering J. **43** 286 f.).

§ 302 gilt — trotz § 301 — auch für die **gezogenen** Zinsen, jedoch nur bis zum Betrage der geschuldeten. Rosenberg, Ihering J. **43** 287 f.

§ 303. Mühsam, Hinterlegung 50: Der Schuldner hat bei der Besitzaufgabe Alles zu thun, was er zur Abwendung von Nachtheilen für den Gläu-

biger nach Treu und Glauben im Verkehre thun kann; so hat er Thüren und Fenster vor dem Weggange zu verschließen, von dem Leerstehen des Hauses der Polizei Mittheilung zu machen, den Hausschlüssel bzw. das Thorschloß zu hinterlegen u. s. w.

Kohler, Zwölf Studien 168: Die Besitzaufgabe ist nicht eine Dereliktion im Sinne des § 928, sondern eine Traditionsofferte, damit das Gut dem Gläubiger frei wird.

Rosenberg, Beweislast 142: Die Unthunlichkeit der Androhung muß der Verpflichtete beweisen; ebenso in §§ 374 Abs. 2, 384, 1218 Abs. 2, 1220, 1237, 1241, 1285 Abs. 2.

Das Wesen der Preisgabe des § 303 ist eine Traditionsofferte; die Wirkung der Preisgabe besteht darin, daß der Schuldner frei wird, sofern er nur zur Besitzübertragung verpflichtet ist; von anderen Verpflichtungen, insbesondere zur Auflassung, wird er nicht befreit. Rosenberg, Ihering J. **43** 217 ff.

§ 304. Mühsam, Hinterlegung 24: Einen Anspruch auf Ersatz alles ihm aus der Verzögerung seiner Befreiung erwachsenen Schadens hat der Schuldner bei Gläubigerverzug nicht, sondern nur einen Anspruch auf Ersatz der im § 304 bezeichneten Mehraufwendungen.

Rosenberg, Ihering J. **43** 293 ff. Abgesehen von § 642 und der durch Verletzung der Abnahmepflicht (§§ 433[1], 640[1]) begründeten Schadensersatzpflicht giebt der Annahmeverzug dem Schuldner nur das Recht auf Ersatz der nothwendigen Mehraufwendungen. Der Umfang dieses Anspruchs richtet sich nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag, d. h. die Aufwendungen müssen im Interesse des Gläubigers und entsprechend seinem wirklichen oder muthmaßlichen Willen, also nicht gegen seinen Willen erfolgt sein (§§ 677, 683). Die Mittel zur Geltendmachung dieses Anspruchs sind: das Zurückbehaltungsrecht (§ 273); die Kontraktsklage; die actio negotiorum gestorum und die actio ex lege.

RG. 45 302: § 304 entspricht dem bisherigen Rechte.

Zweiter Abschnitt.

Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Erster Titel.

Begründung. Inhalt des Vertrags.

§ 305. 1. Isay meint, diese Vorschrift wolle lediglich solchen einseitigen Versprechen die Wirksamkeit absprechen, welche ihrer Natur nach zu Bestandtheilen eines Vertrags geeignet sind; hingegen würden die Fälle nicht getroffen, in denen eine Obligation begründet werden solle, ohne daß es eine Mehrheit von „Betheiligten" gäbe, zwischen denen sie begründet werden solle, wo also ihrer Natur nach ein Vertrag, d. h. eine Mitwirkung dessen, der erwerben solle, nicht angängig sei; hieraus ergebe sich die Rechtsgültigkeit der Zeichnung eines Beitrags zu einem Sammelvermögen. Isay, Iherings J. **36** 460.

Klingmüller, Begriff des Rechtsgrundes: Die Bezugnahme auf einen konkreten Rechtsgrund, auf einen subjektiven rechtlichen Grund ist erforderlich (8 f.). Diese Bezugnahme prägt sich bei den kausalen Verträgen im Geschäftsinhalt aus, bei den abstrakten offenbart sie sich nicht, da deren Geschäftsinhalt durch Ausscheidung des Kausalmoments von der Rechtsordnung einfacher gestaltet worden ist (35 f.). Die Parteien können nicht einen Vertrag schlechthin abschließen, sondern nur den Typus eines kausalen Vertrags oder denjenigen eines von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten bestimmten abstrakten Vertrags verwirklichen (56 f.).

Neumann, Zur Lehre von dem Verpflichtungsgrunde, Gruchots Beitr. **45** 503 ff. (zum Urth. d. RG. **48** 133 u. JW. **01** 382): Der Zweck bildet den Verpflichtungsgrund; nach dem Prinzipe der Vertragsfreiheit können die Parteien jeden Zweck als Verpflichtungsgrund vereinbaren; ob eine kausale oder eine abstrakte Verbindlichkeit vorliegt, dafür ist entscheidend nur, welche Stellung die Parteien zu dem Rechtsgrunde der zu begründenden Verbindlichkeit einnehmen; auch in Ansehung bereits anderweit bestehender Schuldverhältnisse können die Parteien abstrakte Verbindlichkeiten begründen; in der Regel aber wird die Aenderung eines bestehenden Schuldverhältnisses kausal, also die Form des § 780 nicht erforderlich sein, zumal nach § 397 der dinglich wirkende Erlaß der Schuld formlos erfolgen kann; hervorzuheben ist auch, daß § 780 nur von Begründung, § 305 daneben auch von Aenderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses spricht.

2. OLG. Stuttg., Jahrb. d. Württ. R. **12** 211 f.: Der Gläubiger, der Waaren des Schuldners zahlungshalber übernimmt mit der Verpflichtung, sie bestmöglich zu realisiren, darf nicht ohne Weiteres auf die ursprüngliche Forderung zurückgreifen, und er muß beweisen, daß er für die Waaren nicht mehr erzielt hat und nicht mehr erzielen konnte.

du Chesne, CBlFrG. **2** 19 ff., 93 ff.: Vertrag ist eine selbständige, ihre causa in sich selbst tragende Willenseinigung in Bezug auf Rechtsverhältnisse, die dadurch begründet, geändert oder aufgehoben werden sollen. Er zerfällt in zwei Arten: den Verfügungsvertrag und den Verpflichtungsvertrag. Im Verfügungsvertrage ruft die verfügende Partei, indem sie ohne vorausgegangene Verpflichtung sogleich das Mittel zur Herstellung des beabsichtigten Rechtserfolges setzt, unmittelbar den Rechtserfolg hervor; im Verpflichtungsvertrage wollen die Parteien als gegenwärtige Rechtswirkung ihrer Willenseinigung nur die, daß die eine Partei von der anderen die Setzung des auf ihrer Seite erforderlichen Mittels zur Herstellung des beabsichtigten Endergebnisses verlangen könne. Bei gegenseitigen Verträgen können beide Arten vorkommen.

§ 306. 1. Kleineidam, Unm. u. Unv.: Ursprüngliche Unmöglichkeit liegt nicht vor, wenn die Leistung zwar im Augenblicke des Vertragsschlusses nicht bewirkt werden kann, die Bewirkbarkeit zur Erfüllungszeit aber bereits beim Vertragsschluß in der ganzen Sachlage gegeben ist (29).

Die Verkehrsunfähigkeit ist stets ein Grund der Unmöglichkeit, nicht bloßen Unvermögens (22 ff.).

Das ursprüngliche Unvermögen berührt in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Bestimmung die Gültigkeit des Vertrags nicht, läßt vielmehr den Vertrag mit seinem ursprünglichen Leistungsinhalt bestehen. Das volle Erfüllungsinteresse erhält der Gläubiger im Wege des § 283 BGB.; ebenso Kleineidam, Iherings J. **43** 114 ff. Titze, Unm. s. unter § 275.

Kisch, Unm. 26: Ursprünglich ist die Unmöglichkeit nur dann, wenn sie schon bei Vertragsschluß besteht, nicht auch, wenn sie nach demselben, aber vor Eintritt einer etwaigen Suspensivbedingung eintritt.

2. OLG. 2 282 (KG.): § 306 setzt eine objektive Unmöglichkeit voraus, d. h. die für Jedermann bestehende natürliche oder rechtliche Unmöglichkeit, die Leistung, so wie sie geschuldet, zu bewirken. So ist im Sinne dieser Vorschrift die Verpflichtung des Verkäufers eines Grundstücks zur Auflassung eines hypothekenfreien Grundstücks nicht unmöglich, wenn auch der Hypothekengläubiger auf Grund des ihm zustehenden Rechtes die Löschung verweigert und dadurch dem Verkäufer die Erfüllung verhindert. Desgleichen ist ein Miethvertrag über Räume zum Schankbetriebe nicht unwirksam, mag auch ein Dritter ein Untersagungsrecht bezüglich des Schankbetriebes haben und dies ausüben.

OLG. **3** 8 (Hamb.), Seuff. A. **56** 441: Ein Vertrag, wodurch sich Jemand zu einer subjektiv unmöglichen Leistung verpflichtet, ist gültig und verpflichtet den Versprechenden zum Schadensersatz, ohne daß ihm ein Verschulden zur Last zu fallen braucht. Vorherige Klage auf Erfüllung ist nicht nötig, da ja bereits feststeht, daß Erfüllung nicht erfolgen kann.

§ 307. 1. Kleineidam, Unm. u. Unv., 37/39: Der Grad der zu vertretenden Fahrlässigkeit bestimmt sich nicht nach dem konkreten Schuldverhältnisse, sondern stets nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 276 ff.

Die Verjährungsfrist ist die gewöhnliche des § 195 BGB., nur für einen eventuell konkurrirenden und weiter reichenden Anspruch aus § 826 BGB. läuft die dreijährige Frist des § 852 BGB.

2. Schmidt, Die Lehre vom negativen Vertragsinteresse, Greifswalder Inaug.-Diss. **00** 24, 34, 37 f.: Die Verpflichtung zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses setzt vorwurfsfreies Verhalten des Geschädigten und auf Seiten des Schädigers bloße Veranlassung bzw. Verursachung, nicht auch Verschulden voraus; nur im § 307 ist eine Ausnahme zu Gunsten des Verschuldungsprinzips gemacht; — die eigenthümliche Spezialanwendung des § 307 in § 309 wird schwerlich praktisch werden, da die Praxis von der Regel „ignorantia juris cuique nocet" nicht leicht abweichen wird, und da ein gegen ein gesetzliches Verbot verstoßendes Rechtsgeschäft vielfach auch gegen die guten Sitten verstoßen wird; — die Ansprüche aus §§ 307, 309 unterliegen, weil Verschulden des Beklagten voraussetzend als Schadensansprüche aus einer unerlaubten Handlung der dreijährigen Verjährung.

Wilutzky, R. **01** 189 über das Verhältniß von Vertrauens- und Erfüllungsinteresse.

Schultzenstein DJZ. **02** 518: Interesse ist hier der Nutzen (der Gewinn), den der Betreffende von der Gültigkeit des Vertrags hat.

Brückner, R. **01** 299 über die Ersatzpflicht des Vertretenen, wenn der den Vertrag — §§ 306, 309 — schließende Vertreter die Unmöglichkeit oder Verbotswidrigkeit kennt oder kennen muß, § 166.

3. Cohn, Gruchots Beitr. **43** 407: §§ 307, 122, 179 Abs. 2, 3 ist so zu verstehen, daß die unverschuldete Unkenntniß noch zur Zeit der Entstehung des Schadens vorhanden sein muß; von erlangter Kenntniß an ist der andere Theil verpflichtet, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, und bei schuldhaftem Beharren in der Unkenntniß ist die Annahme gerechtfertigt, daß dieses Verschulden die Abwendung oder Minderung des Schadens verhinderte; s. unter § 254.

Neumann, Festg. für Wilke, 221: Für die Beurtheilung der Willensfähigkeit als Voraussetzung der Haftung nach §§ 307, 309 finden §§ 278, 827 entsprechende Anwendung.

§ 308. Kleineidam, Unm. u. Unv. 32 f.: § 308 erweitert lediglich dem § 306 gegenüber das Gebiet der gültigen Verträge; er kommt nicht zur Anwendung, falls die Leistung im Augenblicke des Vertragsschlusses möglich war.

Durch den Abs. 2 ist auch der Fall getroffen, daß die Bedingung und das Möglichwerden gleichzeitig eintreten. Vgl. Kisch, Unm. 29.

§ 310. Knoke, Gesellsch. 16: Auf Grund dieser Bestimmung ist nach BGB. eine societas omnium bonorum unmöglich, abgesehen von der allgemeinen Gütergemeinschaft unter Ehegatten.

LG. Tilsit, CBlFrG. **1** 398: Ein Ehevertrag, in welchem als Vorbehaltsgut der Ehefrau Alles erklärt wird, was der Ehemann während der Ehe erwerben wird, ist nichtig.

v. Brünneck, Gruchots Beitr. **45** 197: Ueber die Geltung der §§ 310 u. 312 für Klosterpersonen.

§ 313. Vgl. Monographie von Tochtermann, Beiträge zur Erläuterung des § 313, (Hannover 1902), Diss. von Kracht, Tragweite des § 313 BGB. (1902).

I. Satz 1.

1. Die Zweckmäßigkeit dieser Vorschrift und deren etwaige Beseitigung für die Zukunft ist Gegenstand der Verhandlung des 26 jährigen Deutschen Juristentags gewesen. Dorst, Verhdl. d. 26. D. Juristent. I 18 ff. ist der Meinung, daß die Forderung eines notariellen oder gerichtlichen Verpflichtungsvertrags bei Uebertragung von Grundstücken den vom Gesetzgeber beabsichtigten Zweck, bei Abschluß solcher Verträge vor Uebereilung zu schützen, nicht erreicht und zu schweren Schädigungen führen kann. Da nach den bisherigen Erfahrungen ein einfach schriftlicher Vertrag auch nicht zum Ziele führe, so ergebe sich die Nothwendigkeit, für den Bindungsvertrag die mündliche Verabredung genügen zu lassen. Den Hauptzweck, eine gründliche Abfassung eines Kaufvertrags zu erzielen, will der Verf. dadurch erreichen, daß § 98 GBO. zum Reichsgesetz erhoben und die Eigenthumsübertragung selbst durch eine gerichtliche oder notarielle Urkunde erfolgen soll. Siehe gegen diese Ansicht Oberneck, DJZ. **02** 425.

Stranz und Haenschke, ebenda Verhdl. II 105 ff. bzw. 389 ff. sind für Aufrechterhaltung des § 313 eingetreten, und dieser Ansicht hat sich Weißler, Ztschr. d. D. NotVer. **02** 277 ff. angeschlossen.

Oberneck, DJZ. **02** 422 ff. hat die Bestimmung des § 313 als eine lästige und bedauerliche Bevormundung des Publikums charakterisirt, welche die damit verfolgten legislativen Zwecke nicht zu erreichen vermag und empfohlen, bei einer etwaigen Revision des BGB. zu der einfachen Schriftform zurückzukehren, falls man sich nicht entschließen könne, wie bei allen übrigen Vorverträgen auf Bestellung dinglicher Grundstücksrechte auch dem obligatorischen Veräußerungsvertrage die Formfreiheit zu geben.

2. Zweifel über die Tragweite des § 313 ergeben sich zunächst hinsichtlich der Frage, ob, wie nach dem Wortlaute des Paragraphen angenommen werden könnte, die Bestimmung nur von der Verpflichtung zum Verkaufe, nicht aber von der zum Ankaufe handele.

Dorst a. a. O., Neumann, Anm. 1a zu § 313 weisen aus der Entstehungsgeschichte des Paragraphen nach, daß die Bestimmung sich nicht nur auf die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigenthums, sondern auch auf diejenige zum Erwerbe desselben bezieht (vgl. Mot. II 189 ff., Prot. I 460 ff.). Das **RG. 51** 181 nimmt in Anschluß an die Ausführungen des OLG. Königsberg an, daß nicht etwa bloß der einzelne auf Eigenthumsübertragung gerichtete Bestandtheil des Vertrages, sondern der Vertrag, d. h. alle Vereinbarungen, aus welchen sich nach dem Willen der Betheiligten der obligatorische Veräußerungsvertrag zusammensetzen soll, unter dem Formzwange stehen, daher auch Aenderungen desselben (vgl. noch OLG. **4** 207 Nr. 48 (Dresden), 208 (Königsberg), **6** 40 Nr. 7 (Königsberg), sowie Zusicherung von Eigenschaften. **RG. 52** 1 ff.

3. Obwohl die Vorschrift eine Sondervorschrift ist, hat die Rechtsprechung ihr ein weites Anwendungsgebiet gegeben. Zunächst ist die Bestimmung auf Kaufverträge über solche Grundstücke, für welche das Grundbuch noch nicht angelegt worden ist, angewendet worden. OLG. **1** 95 (Frankf.).

Das **RG.** JW. **02** 191 f., **RG. 50** 163 hat in Uebereinstimmung mit OLG. **2** 463 (Königsb.) und **3** 188 (Marienw.) den § 313 dahin ausgelegt, daß im § 313 nicht nur ein Vertrag vorausgesetzt wird, wodurch sich der eine Theil zur Uebertragung des Eigenthums an den anderen Theil verpflichtet, sondern ganz allgemein ein Vertrag, durch den sich der eine Theil verpflichtet, das Eigenthum an einem Grundstücke zu übertragen, ohne Unterschied, ob die Ueber-

tragung an den anderen Vertragschließenden oder einen Dritten erfolgen soll, und ohne Unterschied, ob die Person des Erwerbers bereits bekannt und bestimmt ist, oder aber diese von dem anderen Theile erst noch ermittelt oder bestimmt werden soll, auch ohne Unterschied, ob zunächst nur der andere Theil oder gemäß § 328 BGB. auch der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Erfüllung des Vertrags zu fordern. Deshalb hat das **RG.** einen Parzellirungsauftrag, nach welchem der Beklagte als Auftraggeber unbedingt verpflichtet worden war, innerhalb eines bestimmten Zeitraums das Eigenthum an bestimmte Personen zu übertragen und die Widerruflichkeit der zur Vornahme der Eigenthümsübertragung ertheilten Vollmacht, bzw. der eigenen Erfüllung dieser Verpflichtung durch eine Vertragsstrafe von 2000 M. eingeengt war, für nichtig erklärt (vgl. noch Seuff. A. **57** 95). A. A. Hepp, Boschers Z. **10** 261 f.

4. Streitig ist, ob auch die Verpflichtung, das Eigenthum an einem Grundstück aufzugeben (§ 928), der Formvorschrift des § 313 Satz 1 untersteht?

Planck, Anm. 2 zu § 313, meint, daß eine entsprechende Anwendung der Bestimmung auf diesen Fall keinem Bedenken unterliege. Rehbein II 161 sagt: „Im Falle des § 928 ist ein obligatorischer Vertrag mit dem okkupationsberechtigten Fiskus entweder Uebertragungsvertrag oder nichts."

Kuhlenbeck, Anm. 3 zu § 313 hält die analoge Anwendnng einer Formvorschrift für unzuläßig und lehnt daher die Anwendung des § 313 auf die Verpflichtung zur Aufgabe des Eigenthums an einem Grundstück ab; ebenso Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 313 und Goldmann-Lilienthal I § 94 Nr. 3, welche hervorheben, daß eine Uebertragung des Eigenthums in diesem Falle nicht vorliegt.

5. Vorverträge, Vorverhandlungen bedürfen, wenn sie sich auf Abschließung eines Veräußerungsvertrags über ein Grundstück beziehen, der für den Vertrag selbst gegebenen Formvorschrift. Herrschende Meinung vgl. die Kommentare zu § 125 BGB., Dernburg II § 83 unter I, 3, Goldmann-Lilienthal I 170 u. Anm. 84, **RG. 43** 139, Tochtermann 6, abweichend Engelmann 222.

Die Offerte bzw. der Vertragsantrag, das sog. „an die Hand geben" des Grundstücks bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erfordert die Beobachtung der Formvorschrift des § 313, vgl. § 128 BGB., Dernburg II 176, Staub II 1088, Kaufmann, Komm. u. Institutionen des BGB. II 144.

6. Es kann auch aus einem formlosen Vertrage nicht auf Errichtung eines formgültigen Vertrags geklagt werden. Dieser allgemein anerkannten Ansicht fügt Turnau-Förster I 338 hinzu, daß ein solcher Privatvertrag auch nicht zur Glaubhaftmachung eines Anspruchs auf Auflassung zum Zwecke der Eintragung einer Vormerkung im Wege der einstweiligen Verfügung genügt.

7. Die Einreichung eines privatschriftlichen Kaufvertrags beim Grundbuchamte heilt den Formmangel nicht, sie schafft auch keine bindende Einigung im Sinne des § 873 BGB., so das KG., OLG. **2** 50. Vgl. Samulon, PosMschr. **00** 192, Fuchs I 61 u. JW. **01** 747, Consbruch, DJZ. **00** 431.

8. Dernburg II[1] § 80 Anm. 9, 10, Staub II Anm. 18 zu § 350, Martinius, Gutachten I 57, Goldmann-Lilienthal I 156 § 41 Anm. 7, Landsberg, DJZ. **01** 350 nehmen an, daß die Abtretung der Rechte aus einem Grundstücksveräußerungsvertrage nicht der Formvorschrift des § 313 bedarf, weil hier Gegenstand des Vertrags nicht die Uebertragung des Eigenthums an einer Liegenschaft bildet, sondern der Anspruch, dessen Gegenstand die durch den Kaufvertrag begründete Verpflichtung ist; Dernburg meint, daß der Zessionar durch die Zession nicht ein Grundstück erwerbe. Tochtermann a. a.

O. 12. sieht den Grund für die Formlosigkeit der Zession darin, daß die Abtretung ein Vertrag zwischen dem alten und neuen Gläubiger ist (§ 398) und nicht ein solcher des einen oder anderen Gläubigers mit dem Schuldner. Der Schuldner übernimmt keine neue Verpflichtung, sondern lediglich die bestehende. A. A. Scherer, JW. **01** 888, Das erste Jahr des BGB. 79, Brettner, R. **00** 319; sie bejahen die Anwendung des § 313.

9. Die Uebernahme der Verpflichtung aus dem obligatorischen Veräußerungsvertrag unterliegt nach Cosack I 384, 387 Ziff. 2, Staudinger § 414 Anm. 2, § 415 Anm. 10 und Tochtermann 12 nicht der Formvorschrift des § 313. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte 174 ff. will auch für diesen Fall die Form gewahrt wissen, es sei denn, daß die Schuldübernahme zwischen dem Dritten und dem Gläubiger vereinbart ist.

Ein Haftungsversprechen dafür, daß Jemand sein eigenes (aus dem Vermögen des Anderen im Wege der zwangsweisen Versteigerung erworbenes) Grundstück dem Anderen zum Eigenthume verschaffen werde, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form. **RG.** R. **02** 371.

10. Die Vollmacht zum Abschluß eines Liegenschaftsveräußerungsvertrags kann formlos ertheilt werden. Oberneck 292, Neumann, Anm. 2e zu § 313, Goldmann-Lilienthal I 208, § 52 Anm. 12, Turnau-Förster I 346 Nr. 6. Vgl. noch oben unter Nr. 3.

11. Hinsichtlich der Verpflichtung zur Bestellung eines Vorkaufsrechts gehen die Ansichten über die Anwendung des § 313 Abs. 1 auseinander. Soweit es sich um den obligatorischen Vertrag, welcher die Verpflichtung zur Bestellung eines obligatorischen Vorkaufsrechts enthält, handelt, wird von den meisten Schriftstellern im Anschluß an die Auffassung der 2. Kommission (Prot. II 99) angenommen, daß ein Vertrag in Frage steht, durch welchen die Verpflichtung, das Eigenthum an einem Grundstücke zu übertragen, bedingt oder betagt begründet wird; auch in OLG. **1** 293 (Jena), Seuff. A. **56** 125 wird diese Ansicht getheilt. Diese Auffassung vertreten Dernburg II § 196 unter I 2, Fuchs, Anm. 3 I a zu § 1094, Goldmann-Lilienthal I 522 Anm. 3, Neumann, Anm. I 1 b zu § 504, Biermann, Vormerkung und Widerspruch 133, Tochtermann 15 ff., Rehbein II 161 A. 14. Planck, Vorm. zu § 504 Nr. 2, 4 hält den Verbriefungszwang des § 313 ebenfalls für erforderlich, obwohl er annimmt, daß es sich nur um einen, den Verpflichteten bindenden, auf Abschluß des Vorkaufs gerichteten Vertragsantrag handelt. Alle diese Schriftsteller, wie auch das OLG. Jena nehmen an, daß der § 313 auch zu beobachten ist, wenn der obligatorische Vertrag die Verpflichtung zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts enthält. Achilles-Strecker, GBO. 54 Anm. 2 lehnt allerdings für diesen Fall die Formvorschrift ab. Gegen diese Ansicht und für Formfreiheit des Verpflichtungsvertrags zur Bestellung eines Vorkaufsrechts haben sich ausgesprochen Kuhlenbeck, JW. **01** 393, Oberneck, 429 Anm. 3, Thiele, Zschr. d. D. Notariatsv. **2** 318 ff. und Turnau-Förster I 516. Letztere sehen in dem Verpflichtungsvertrage zur Bestellung eines Vorkaufsrechts keinen bedingten oder betagten Vertrag im Sinne des § 313; Kuhlenbeck und Turnau-Förster führen insbesondere die Gründe der Entscheidung des **RG. 16** 155 an, die auch für das jetzt geltende Recht zutreffend sind. Hiernach kann aus einem formlosen Vertrage über die künftige Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts auf Einigung in einer, dem § 873 Abs. 2 entsprechenden Form geklagt werden. Fuchs a. a. O. fordert auch für die dingliche Bindung die Form des § 313, während Oberneck, Zschr. d. D. Notariatsv. **01** 35 und Turnau-Förster hervorheben, daß sich § 313 überhaupt nicht auf dingliche Verträge bezieht.

12. Hinsichtlich des ein Wiederkaufsrecht einräumenden Vertrags wird allgemein angenommen, daß der § 313 Abs. 1 Anwendung findet. Oertmann § 497 Anm. 2, Planck, Vorbem. zu § 497 Anm. 1, Staudinger, Anm. 2 zu § 497, Tochtermann 15, Rehbein II 161 A. 14, Dernburg II 99 § 198. Letzterer hebt hervor, daß der mündliche Wiederkaufsvorbehalt genügt, wenn die Auflassung (soll wohl heißen: Auflassung und Eintragung) an den Wiederverkäufer vollzogen ist.

13. Streitig ist ferner, ob die Formvorschrift des § 313 auf die Verpflichtung zur Bestellung oder Uebertragung eines Erbbaurechts Anwendung findet.

Die Prot. I 464 und die herrschende Meinung bejahen dies. Dagegen Goldmann-Lilienthal I 363 Anm. 6.

Auch das RG. hat in der oben zitirten Entscheidung (JW. **02** 194 f.) die Anwendbarkeit des § 313 auf das Erbbaurecht zum Ausdrucke gebracht, ebenso Rehbein II 161 A. 14.

14. Bei der Schenkung eines Grundstücks genügt nicht die notarielle Beurkundung des Schenkungsversprechens (§ 518 Abs. 1), sondern auch die Annahmeerklärung des Beschenkten muß gerichtlich oder notariell beurkundet werden. Vgl. Staudinger, Anm. 2 zu § 518, Goldmann-Lilienthal I § 94 Anm. 9, Tochtermann 18 f.

15. Leibgedinge, Leibzucht, Altentheils- und Leibrentenverträge sind, dem § 313 unterworfen, sobald die Gegenverpflichtung die Uebereignung eines Grundstücks zum Inhalte hat. Herrschende Ansicht vgl. Planck zu § 761.

16. Das Illationsversprechen eines Gesellschafters in Ansehung eines Grundstücks unterliegt in allen den Fällen dem § 313 Satz 1, in welchen die Einbringung selbst durch Auflassung zu erfolgen hat und nicht etwa eine bloße Buchberichtigung in Frage steht. Ob z. B. der Vertrag, durch welchen die Gesellschafter ein ihnen als Miteigenthümern gehörendes Grundstück in die Gesellschaft einzubringen sich verpflichteten, gerichtlich oder notariell beurkundet werden muß, wird davon abhängen, ob man die Auflassung für erforderlich hält oder nicht. Dies gilt auch für die Ueberweisung eines Grundstücks an einen Mitgesellschafter oder Miterben bei der Auseinandersetzung (OLG. **5** 355). Auch im Gebiete des Handelsrechts sind diese Grundsätze anzuwenden, soweit es sich um Verträge über Einbringung von Grundstücken dem Rechte nach (quoad sortem) handelt bezw. die Verpflichtung zur Uebertragung des Grundstückseigenthums im Auseinandersetzungsvertrage vereinbart ist. Diese Auffassung ist die herrschende. Neumann, Anm. 1b zu § 313, Dernburg II[1] 176, Oberneck 320 ff., Turnau-Foerster I 338, Staub I § 105 Anm. 27 u. A.

Streitig ist, ob bei Eintritt eines neuen Gesellschafters der Aufnahmevertrag gerichtlich oder notariell zu beurkunden ist, wenn zum Gesellschaftsvermögen Grundstücke gehören. Nagler, SächsA. **10** 745 ff. fordert dieselbe. Knoke, A.bürgR. **20** 183 verneint die Frage, weil keine Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung begründet werde, vielmehr der neue Gesellschafter schon durch den Abschluß des Aufnahmevertrags selbst Miteigenthümer werde und nur hinsichtlich des Grundbuchs eine Berichtigung, aber keine Auflassung zu erfolgen hat. Tochtermann 24 schließt sich dieser Ansicht an, weil wie beim Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Antheil den übrigen Gesellschaftern zuwächst, bevor die Grundbucheintragung erfolgt (§ 738), so auch bei der Neuaufnahme eines Gesellschafters jeder Antheil der bisherigen Gesellschafter unmittelbar durch den Abschluß des Aufnahmevertrags zu Gunsten des neu Eintretenden sich vermindert.

Scherer, Anm. 5 hat die Anwendbarkeit des § 313 bei Handelsgeschäften bestritten, da das HGB. für diese Formfreiheit gewährt, aus diesem Grunde sei die Form z. B. auch nicht erforderlich, wenn ein Handelsgeschäft, zu welchem Grundstücke gehören, im Ganzen übertragen werde. Die herrschende Ansicht verwirft die Auffassung Scherers. Vgl. hierüber Tochtermann 25 und die dortigen Zitate.

17. Der Vergleich, in welchem von einem der Betheiligten die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstück übernommen wird, unterliegt der Vorschrift des § 313. Der vor dem Amtsgericht in einem Sühnetermine geschlossene, oder der nach Erhebung der Klage innerhalb des Prozesses protokollirte Vergleich ersetzt die Formvorschrift des § 313 (vgl. DJZ. **01** 459 f.) auch dann, wenn nach den Landesgesetzen, wie z. B. nach Art. 141 EG. z. BGB. und § 6 des Bremer AG. z. BGB., für die Beurkundung ausschließlich die Notare zuständig sein würden. RG. **48** 185 ff., Eccius, DJZ. **98** 25. A. M. Dorner 553.

Ob das in einem Vergleich abgegebene abstrakte Versprechen oder Anerkenntniß der Verpflichtung zur Uebertragung des Grundstückseigenthums jener Vorschrift unterworfen ist, erscheint mit Rücksicht auf § 785 BGB. zweifelhaft. Lehmann-Ring, HGB. II 32 führen aus: Der Anerkennungsvertrag des Vollkaufmanns bedarf, wenn es sich um die Schuld aus einem Grundstückskaufe handelt, der Form des § 313, wenn aber solche Schuld im Wege der Abrechnung (Konto-Korrent § 355 HGB.) oder des Vergleichs anerkannt wird, so würde die mündliche Form genügen (§ 782 BGB.). Dagegen verlangen auch im Falle der Abgabe des abstrakten Versprechens in einem Vergleiche die Beobachtung der Formvorschrift des § 313 Matthias I 656, Bernhöft § 138, Tochtermann 22.

18. Die Verpflichtung des Bürgen, daß er dasselbe Grundstück, welches der Dritte versprochen hat, gegebenen Falles auf den Gläubiger übertragen soll, bedarf der Form des § 313, die einfache Schriftform des § 765 genügt nicht. Vgl. Tochtermann 20, vgl. oben Nr. 9 Abs. 2.

19. Oertmann, Anm. 4 zu § 313 spricht sich über die Wirkung der mangelnden Form dahin aus, daß sich die Vorschrift des § 313 wie auf einen ganzen derartigen Vertrag, so auch auf seine Theile bezieht, und daß, wenn auch nur eine objektive oder im Sinne der Parteien wesentliche Geschäftsbedingung nur mündlich formulirt ist, damit auch der ganze Vertrag fällt; aber auch bei an sich unwesentlichen Punkten gilt gemäß § 139 wenigstens im Zweifel das Gleiche. Nachträgliche mündliche Abreden sind überhaupt nicht zu berücksichtigen, es sei denn, daß darin ein Erlaß oder ein pactum de non petendo betreffend die Ansprüche aus dem ursprünglichen Vertrage zu finden sind.

Auf diesem Standpunkte steht die herrschende Lehre; doch heben Goldmann-Lilienthal § 94 364 Nr. 3, vgl. auch 168 unter Hinweis auf Oertmann a. a. O. und Schollmeyer, Anm. 1 § 313 hervor, daß, wenn sich die Abreden nicht auf wesentliche Bestandtheile des Geschäfts beziehen, sie der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nicht bedürfen, z. B. wenn verabredet ist, daß das Restkaufgeld statt am 1. 1. 02 wie ursprünglich, erst am 1. 7. 02 fällig sein soll.

Die Praxis, namentlich das **RG. 51** 180, nimmt einen strengeren Standpunkt ein und erklärt alle mündlichen Nebenverabredungen, gleichviel ob vor, bei oder nach Abschluß des formgültigen Vertrags vereinbart, für nichtig, s. **RG.** JW. **02** 247 Nr. 145, OLG. **4** 207 f. (Königsb., Dresden). Vgl. Eccius, Gruchots Beitr. **43** 309, Kuhlenbeck, Neumann, Planck zu § 125, Cosack I § 60 III, Matthias I § 5 Turnau-Förster I XLVII. Abweichend Dernburg II 51 Note III.

20. Für die Aufhebung des durch Auflassung nicht erfüllten Vertrags genügt die mündliche Form. Vgl. Oberneck 291 Anm. 2. Dies ist herrschende Ansicht und auch von der Praxis angenommen worden. Siehe OLG. 4 208 (Dresden). Brettner, R. 00 319 will auch in diesem Falle den § 313 angewendet wissen, weil jene Bestimmung sich auf jeden Vertrag, welcher das Eigenthum eines Grundstücks zum Gegenstande hat, beziehe. Staub II 1090 hat mit Recht hervorgehoben, daß es sich bei der Aufhebung zwar um einen „Vertrag über ein Grundstück" handele, aber nicht um einen „auf Uebertragung des Eigenthums gerichteten Vertrag".

Nach geschehener Auflassung und Eintragung erfordert die Aufhebung die formgerechte Beurkundung, weil der neue Eigenthümer die Verpflichtung zur Zurückübereignung übernimmt. Vgl. Scherer, Das erste Jahr des BGB. 65 Anm. 8. Ebenso Tochtermann 14.

21. Zweifelhaft ist die Anwendung bei der Wandlung eines Grundstückskaufs. Nach der Ansicht von Planck, Anm. 2b h zu § 467 und Flechtmann, Gruchots Beitr. 44 65 ff. u. A. soll der Käufer lediglich den Anspruch gegen den Verkäufer auf Abschließung eines Wandelungsvertrags haben, und erst aus diesem Vertrage die Rückgängigmachung des Kaufes als Erfüllung verlangen können. Nach Eccius, Gruchots Beitr. 43 305 (ebenso Axhausen, IW. 00 771, Mathias, Jahrb. I § 106) und DIZ. 02 205 ff. hat der Käufer unmittelbar das Recht auf Rückgängigmachung des Kaufes.

Was die Anwendbarkeit des § 313 auf die Wandlung anbetrifft, so darf man als herrschende Ansicht die Ablehnung seiner Anwendbarkeit auf diesen Fall ansehen, weil das Einverständniß des Verkäufers mit der Wandlung lediglich eine gesetzliche Folge gemäß §§ 467, 346 BGB. ist. Die Ansicht von Eccius, Gruchots Beitr. 43 328, daß, wenn die Parteien freiwillig die Vereinbarung auf Wandlung treffen, die Vereinbarung dem § 313 unterworfen ist, hat keinen Anklang gefunden. Vgl. dagegen Flechtheim, Gruchots Beitr. 44 73 Anm. 14a, Neumann, Anm. 3a zu § 465, Goldmann-Lilienthal I 499 Anm. 13, Tochtermann 17, Kracht 27 ff.

22. Auch beim Rücktrittsrecht erlischt das bisherige Schuldverhältniß ipso jure, und das Verpflichtungsverhältniß der Parteien bildet keinen Vertrag im Sinne des § 313, sondern besteht lediglich in den gesetzlichen Folgen, welche an die einseitige Rücktrittserklärung geknüpft sind. Vgl. Tochtermann 14 und die dortigen Zitate.

II. Satz 2.

1. Die Uebergangsfrage, ob der nicht formgerechte obligatorische Liegenschaftsveräußerungsvertrag in den Gebieten, in welchen das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, wegen des damit zusammenhängenden Mangels der Auflassung und Grundbucheintragung nicht geheilt werden könne, ist streitig. OLG. 1 96 (Frankf.) und Sonntag (Eigenthümlichkeiten des Grundstücksverkaufs gegenüber dem Verkaufe beweglicher Sachen, Inaugural-Dissertation, 1899 36) haben die Frage verneint. Habicht 455 ff. dagegen führt aus: „Wo nach den bisherigen Gesetzen der Eigenthumsübergang an eine Verlautbarung des Veräußerungsgeschäfts für eine Behörde und an eine Ab- und Zuschreibung in einem öffentlichen Buche geknüpft war, da wird man unbedenklich den Grundsatz des § 313 Satz 2 ebenfalls sinngemäß anwenden, d. h. den Formmangel des obligatorischen Geschäfts durch die Form des dinglichen Vertrags für gedeckt ansehen dürfen." Dieser Ansicht ist Tochtermann 55 beigetreten, der ferner mit Hachenburg 94 die Anwendung des § 313 Satz 2 in denjenigen Rechtsgebieten für anwendbar erklärt, in welchen auch die erwähnte Verlautbarung nicht bekannt ist, sondern bloße Tradition genügt.

2. Die Heilung des Formmangels tritt, wie u. A. Schollmeyer, Anm. 2 b zu § 313 und Turnau-Förster I 349 Anm. 9 hervorheben, nur dann ein, wenn sowohl die Auflassung als auch die Eintragung, also beide Akte vorgenommen worden sind. Die formlose Vereinbarung zwischen Auflassung und Eintragung kann durch die letztere nicht geheilt werden.

3. Die Wirkung des Satz 2 § 313 bezieht sich nur auf die Heilung des Mangels der Form gemäß § 313, nicht aber auf die sonstigen Mängel, wie Willensmängel, Mangel der Einwilligung oder Genehmigung Dritter, auch nicht auf die Heilung des Inhalts des Vertrags (z. B. Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die gute Sitte), ferner auch nicht auf sonstige Formmängel, z. B. wenn als Gegenleistung für die Grundstücksveräußerung oder neben derselben eine Bürgschaft mündlich (§ 766) übernommen oder ein Erbverzicht ohne Beobachtung der im § 2348 vorgeschriebenen Form ausgesprochen ist. Das KG., OLG. 4 35, hat allerdings angenommen, daß das in einem privatschriftlichen Kaufvertrag über ein Grundstück abgegebene Schenkungsversprechen auf den Todesfall durch die Auflassung und Eintragung geheilt werde. Auch die zur Grundbuchoperation erforderlichen Legitimationsurkunden werden durch die Auflassung und Eintragung nicht geheilt. Das ist herrschende Ansicht, vgl. Neumann, Anm. 4b und e zu § 313 (251), Oberneck 292, 293, Turnau-Förster I 345, Tochtermann 68, 69 u. A.

4. Der Umfang der heilenden Kraft geht dahin, daß der Kausalvertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig wird, die Heilung erfaßt auch die sogenannten mündlichen Nebenabreden. Das **RG.** JW. **02** 247, Beil. Nr. 145, hat dies dahin erläutert, daß nur der Formmangel solcher mündlichen Nebenberedungen geheilt wird, bezüglich deren zur Zeit der Auflassung noch Willensübereinstimmung besteht. Will der Beklagte beispielsweise auf der Grundlage der angeblichen mündlichen Zusicherung erfüllen, so ist nichts vorhanden, worauf sich die heilende Kraft der Auflassung und Eintragung erstrecken könnte.

5. Nach Oberneck 292 wird, wenn durch die Auflassung und Eintragung nach dem Willen der Betheiligten eine Reihe von Veräußerungsverträgen zugleich erfüllt wird, der Formmangel aller dieser Rechtsgeschäfte geheilt. Dies trifft namentlich zu, sobald mehrere Kaufverträge über denselben Gegenstand hinter einander geschlossen werden und zur Ersparung von Weiterungen und Kosten mit Uebereinstimmung aller Betheiligten die Auflassung von dem ersten Verkäufer unmittelbar an den letzten Abkäufer geschehen soll. Ebenso Goldmann-Lilienthal I 365 Anm. 18, Neumann, Anm. 4c zu § 313, Turnau-Förster I 347 N. 7a, vgl. **RG. 31** 230, Gruchots Beitr. **41** 1017.

6. Die Nothwendigkeit der Identität des Objekts der Auflassung und Eintragung mit dem des nicht formgerecht geschlossenen obligatorischen Vertrags wird als herrschende Lehre angesehen. OLG. **6** 43 (Posen), Schollmeyer, Anm. 2 zu § 313, Turnau-Förster I 347, 348a, Oberneck 292, Neumann, Anm. 4c zu § 313 (251).

Brettner, R. **01** 488 ff., ebenso Oberneck, Turnau-Förster, Goldmann-Lilienthal a. a. O., Rehbein II 162 a. E., weisen darauf hin, daß, wenn mehrere Grundstücke Gegenstand des Vertrags sind, nicht die Auflassung und die Ueberschreibung eines desselben genügt, um den ganzen wegen Formmangels ungültigen Vertrag gültig zu machen. Die Theilauflassung ist ebenso unwirksam wie der ganze Vertrag. Der Käufer kann demgemäß die Auflassung der anderen Grundstücke nicht beanspruchen, wohl aber die Rückgewähr seiner Gegenleistung (OLG. **3** 209, **4** 237); der Verkäufer kann nicht die Entgegennahme der weiteren Auflassungen beanspruchen, wohl aber die Rückauflassung des übertragenen Grundstücks (vgl. auch OLG. **3** 93). Dernburg II 176 f. dagegen

nimmt an, daß, wenn mehrere Grundstücke Gegenstand des Vertrags sind, die Auflassung und Ueberschreibung eines derselben genügt, um den ganzen Vertrag gültig zu machen.

7. Rehbein II 163 hebt hervor: Wenn bei einem formlosen Tauschvertrag über Grundstücke der eine Kontrahent aufgelassen hat, wird dem anderen nach § 313 die Klage auf Auflassung des von ihm eingetauschten Grundstücks nicht versagt werden können, obwohl grundsätzlich Klage auf Auflassung aus formlosem Vertrage ausgeschlossen ist. Streit herrscht darüber, ob die Heilung erst mit dem Zeitpunkte der Eintragung (ex nunc) eintritt, oder ob die Heilung auf dem Zeitpunkte des Abschlusses des formlosen Vertrags zurückgezogen werden könne (ex tunc). Die letztere Ansicht vertritt Planck II Anm. 2 Abs. 2 zu § 313, welcher annimmt, daß das Gesetz die Auflassung wie eine in der vorgeschriebenen Form erfolgende Bestätigung des zu Grunde liegenden obligatorischen Vertrags (§ 141 BGB.) behandelt. Auch Schollmeyer, Anm. 3 zu § 313 und Staudinger, Anm. 5 zu § 313, Rehbein II 163 Abs. 2 treten für die rückwirkende Kraft ein. Gegen dieselbe haben sich ausgesprochen Oberneck 293, Turnau-Förster I 343, Goldmann-Lilienthal I § 94, Tochtermann 59.

§ 314. 1. Paech, Bestandtheil u. Zubehör 53: Die Herausgabepflicht erstreckt sich prinzipiell auf das gesammte Zubehör, auch soweit es dem Veräußerer nicht gehört; für ihren Umfang ist regelmäßig der Augenblick des Vertragsschlusses entscheidend, falls der obligatorische Vertrag und das dingliche Geschäft zeitlich auseinander fallen.

2. Rehbein II 164: Die Auslegung hat zu entscheiden, welcher Zeitpunkt maßgebend sein soll; im Allgemeinen wird es auf die Zeit des Abschlusses des Rechtsgeschäfts ankommen.

3. Rosenberg, Beweislast 70: Wer — entgegen der gesetzlichen Regel — behauptet, das Zubehör sei nicht mitveräußert oder nicht mitbelastet u. s. w., muß dies beweisen; vgl. §§ 926, 1031, 1062, 1093, 1096, 2164.

4. OLG. Hamb., HansGZ. **01** 299: Bei der Veräußerung des Geschäfts mit Firma geht ein zu demselben gehöriges Waarenzeichen auf den Käufer über, auch wenn nichts hierüber vereinbart ist, da ein Waarenzeichen analog einem Zubehöre zu behandeln ist.

§ 315. 1. Hellwig, Anspruch 459 f.: Die Klagen auf Bestimmung der Leistung nach §§ 315 Abs. 3 und 319 Abs. 1 Satz 2 sind Klagen auf richterliche Begründung einer positiven Rechtswirkung; die bestimmte Leistung gilt als die von Anfang an geschuldete.

2. Marcus, R. **01** 43: Die §§ 315, 316 werden durch §§ 612, 632, 653 BGB. und §§ 88 Abs. 3, 354 Abs. 1, 396, 403, 409 HGB. nur insoweit außer Wirkung gesetzt, als aus jenen Uebungen und Gebräuchen ein objektiver Maßstab zu gewinnen ist.

3. Rehbein II 165 ff.: Die Bestimmung der Leistung kann sowohl dem billigen wie dem reinen Ermessen einer Partei überlassen werden; das reine Ermessen ist aber nicht Willkür, es findet immer seine Schranke im § 242 (ebenso Recke, A.bürgR. **20** 138); Verzögerung ist nicht Verzug, der stets Verschulden voraussetzt; die durch die Partei getroffene Bestimmung ist regelmäßig unwiderruflich (ebenso Recke a. a. O.).

4. OLG. Hamb., Seuff. A. **56** 82: Hat der Kontrahent, der die Arbeiten geleistet und den angemessenen Betrag zu fordern hat, dem Gegenkontrahenten eine Rechnung zugesandt, so kann er nicht den einmal bestimmten Betrag nachträglich erhöhen, es sei denn, daß Irrthum, Zwang oder dergl. vorlag.

§ 316. 1. OLG. Breslau, R. **02** 587: Die Anwendung des § 316 ist ausgeschlossen, wenn die Höhe der Vergütung, sei es mangels Ausbedingung, sei es in Folge der Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung, einer Taxe, der Ortsüblichkeit bzw. Ueblichkeit anheimfällt, BGB. §§ 612, 632, HGB. §§ 88, 354, 403, 420. S. über einen Fall des Ausschlusses der §§ 315, 316 auch RG. JW. **02** Beil. 253.

2. Neumann, R. **03** 39: Der Verkäufer, der mit der Behauptung, daß ein Preis nicht vereinbart sei, den angemessenen Preis verlangt, macht von dem Rechte der §§ 316, 315 Gebrauch, d. h. er bestimmt einseitig den Umfang der Gegenleistung auf der Grundlage billigen Ermessens. Die Voraussetzung dieses Rechtes aus § 316 — nämlich daß der Verkaufspreis nicht bestimmt worden ist — muß der Verkäufer beweisen. (Zur Unterstützung der Ausführungen Stölzels über die Frage der Beweislast.)

§ 317. Schirmer, Arbitrium merum und arbitrium boni viri, A.civPr. **91** 136 f.: Mit der unbesehen in §§ 317—319 aufgenommenen gemeinrechtlichen Doktrin, daß das Arbitrium des Dritten bloßes Gutdünken (a. merum) oder billiges Ermessen (a. boni viri) sein könne, stimmen weder die Quellen, noch die Natur der Sache überein; wo von einer Ausgleichung oder Feststellung rechtlicher Ansprüche durch das Gutachten Anderer die Rede ist, — anders bei Entstehung eines Rechtsverhältnisses, bei Verleihung von Rechten, — kann immer nur das billige Ermessen in Frage kommen; sein Recht vertragsmäßig der nackten Willkür eines Dritten zu unterwerfen, ist contra bonos mores.

Rehbein II 169: Auch hier ist das freie Belieben des Dritten nicht als reine Willkür zu denken; die richterliche Entscheidung kann angerufen werden darüber, ob die Bestimmung unter Verletzung des § 242 getroffen ist; findet der Richter das, so hat er die Sache so zu behandeln, als ob der Dritte die Bestimmung nicht treffen will.

Recke, A.bürgR. **20** 143: Für die offenbare Unbilligkeit (§ 319 Abs. 1) genügt die objektive Unbilligkeit; auch der gutgläubige Dritte kann unbillig entscheiden.

Zweiter Titel.
Gegenseitiger Vertrag.

Zu **§§ 320 ff.** 1. Schefold, Der gegenseitige Vertrag im BGB., Tübinger Inaug.-Diss. (1902):

a) Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist stets eine aufschiebende; das BGB. kennt nicht eine besondere Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags; die Lehre von der Beweislast bietet hier keine Besonderheit. — Auf Grund eines der Urtheile des § 322 kann nur dann einseitig vollstreckt werden (§ 274), wenn nach der Urtheilsfällung (neuer) Annahmeverzug eingetreten ist. — Klagt ein Theil, nachdem seine Leistung durch „Zufall" theilweise unmöglich wurde, auf die volle Gegenleistung, so muß gegebenen Falles der Beklagte beweisen, um welchen Betrag sich seine Leistungspflicht verringert hat; ist seine Leistung untheilbar, so bleibt er voll verpflichtet. — Wer nach §§ 325, 326 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, bleibt seinerseits zur Sachleistung verpflichtet. — Zur Ausübung der im § 326 Satz 1 gewährten Rechte gehört — abgesehen von dem Falle des § 326 Satz 2 — stets eine nach Eintritt des Verzugs des anderen Theiles abgegebene Erklärung, in der die Folgen ausgedrückt sind, die entstehen, wenn nicht innerhalb angemessener Frist nachgeleistet wird. Die Frist braucht nicht kalendermäßig bestimmt zu sein, eine zu kurz bestimmte Frist setzt eine angemessene in Lauf. — § 327 Satz 2 muß auf das Fixgeschäft (§ 361) analog angewendet werden.

b) „Gegenseitige Verträge" i. S. der §§ 320 f. sind stets: Kauf, Tausch, Miethe, Dienst- und Werkvertrag, nicht — wie des näheren dargelegt wird — der Gesellschaftsvertrag. Als gegenseitiger kann begründet werden der Verwahrungsvertrag, nicht so das Darlehen, der Mäklervertrag, die Schenkung unter Auflage.

2. Josef, Gruchots Beitr. **44** 555: Die Vorschriften finden nicht Anwendung, wenn bei Gesellschaften oder Verbindungen von Rechtsanwälten zur Berufsausübung der eine Genosse seiner Verpflichtung zu Dienstleistungen nicht nachkommt; der nicht Leistende nimmt nichtsdestoweniger, solange die Verbindung besteht, wie am Verluste, so am Gewinne Theil, und der Andere mag sich dieser Theilnahme für die Zukunft durch fristlose Kündigung entledigen. A. M. Planck, Komm. Vorbem. II. 3 vor § 705.

3. Knoke, Gesellsch.: Die Vorschriften über die gegenseitigen Verträge haben auch auf die Gesellschaft Anwendung zu finden, da jeder Gesellschafter seine Leistung nur mit Rücksicht auf die Leistungen der übrigen übernimmt. Doch können im Einzelnen Modifikationen eintreten. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags insbesondere ist bei Gesellschaften, die aus nur zwei Personen bestehen, stets gegeben, in den anderen Fällen nur dann, wenn gerade der klagende Gesellschafter noch nicht erfüllt hat (41 ff.).

§ 323 hat auch bei der Gesellschaft Anwendung zu finden, der § 723 ist neben ihm nicht überflüssig. Denn § 723 führt zur Auflösung der Gesellschaft, während nach § 323 nur die Beitragspflicht der übrigen Gesellschafter fortfällt. Ferner sind nach § 323 die bereits geleisteten Beiträge nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zu erstatten, während sie bei Anwendung des § 723 aus dem Gesellschaftsvermögen zum vollen Betrage ersetzt werden. Andererseits macht § 723 auch nicht den § 323 überflüssig, da nach diesem, nicht nach jenem auch geleistete Dienste zu ersetzen sind. Ferner findet § 323 in allen Fällen theilweiser Unmöglichkeit Anwendung, § 723 nur dann, wenn in der theilweisen Unmöglichkeit ein wichtiger Kündigungsgrund liegt (45 ff.).

§ 324 ist bei der Gesellschaft dahin anzuwenden, daß der schuldige Gesellschafter seine Leistung und Ersatz für die Leistung zur Gesellschaftskasse zu bringen hat, die durch den von ihm zu vertretenden Umstand dem Mitgesellschafter unmöglich geworden ist (48 f.).

§ 325 ist auch auf die Gesellschaft anwendbar, trotz § 723. Er findet sogar allein Anwendung, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Personen besteht. Bei mehreren Gesellschaftern sind beide Paragraphen anwendbar. § 325 mit der weitergehenden Wirkung des Rücktritts kommt nur dann zur Anwendung, wenn alle übrigen Gesellschafter gemeinsam den Rücktritt erklären; zur Anwendung des § 723, wonach die Gesellschaft nur für die Zukunft erlischt, genügt die Kündigung durch einen einzelnen Gesellschafter (49).

§ 320. 1. Hellwig, Anspruch 374: Die Einrede des nichterfüllten Vertrags ist nichts Anderes, als eine in gewissen materiell-rechtlichen Beziehungen modifizirte Anwendung des Zurückbehaltungsrechts; s. unter § 273.

2. Jacobi, Werthpapiere 132: Ist die im Werthpapiere verbriefte Leistung von einer anderen abhängig, so stehen beide Leistungen nicht im Verhältnisse von Leistungen aus einem gegenseitigen Vertrage, sondern der aus dem Werthpapiere Berechtigte ist bedingt, nämlich nur dann berechtigt, wenn er leistet.

3. Regelsberger, Iherings J. **40** 259 ff.: Die Einrede des nichterfüllten Vertrags kann nur so lange entgegengesetzt werden, als die Erfüllung der ausstehenden Forderung noch möglich ist. Vgl. Kisch, Unmöglichkeit 49.

Regelsberger, Iherings J. **41** 330: Der aus einem gegenseitigen Schuldvertrage Verpflichtete kann die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung auch dann verweigern, wenn sein Anspruch auf die Leistung verjährt ist.

4. **RG.** JW. **03** Beil. Nr. 16: Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts (§ 320) liegt nicht schon in der Stellung des Antrags auf Klagabweisung; es handelt sich vielmehr um eine verzögerliche Einrede, die vorgebracht werden muß, wenn das ihr zu Grunde liegende Recht berücksichtigt werden soll.

5. Unter Umständen kann jede Zurückbehaltung unstatthaft sein. HansGZ. **02** Beibl. 97 (OLG. Hambg.).

6. § 320 Abs. 1 greift bei § 326 nicht Platz. OLG. Breslau, DJZ. **02** 348.

7. Aus der Judikatur:

Bestreitet der Beklagte, eine (nicht ziffermäßig bestimmte und durch Wiegen, Besichtigen 2c. nicht feststellbare) Menge, sondern alle Produktion einer bestimmten Art in unbestimmter Menge geliefert erhalten zu haben, (wie z. B. den Mist von sämmtlichen Pferden), indem er daraus den Antrag auf Abweisung der Restkaufgeldforderung herleitet, so widerspricht es den Erfahrungen des alltäglichen Lebens und der praktischen Möglichkeit, von dem Leistungspflichtigen den Beweis vollständiger Lieferung zu verlangen. Diese schablonenhafte Beweislast wird den Umständen des Einzelfalles nicht gerecht. Der Empfänger darf sich nicht darauf beschränken, am Schlusse der Lieferungen einfach zu bestreiten, daß er im Laufe des Jahres sämmtlichen Mist erhalten habe, nachdem durch dessen Wegschaffung und Verbrauch für den Verkäufer die Unmöglichkeit gegeben war, auch nur die Menge des gelieferten Mistes noch zu erweisen. Diese Umstände sprechen für eine Verschiebung der in der Regel dem Verkäufer obliegenden Beweislast der Erfüllung zu Lasten des fortgesetzt ohne Protest und ohne Kontrolle abnehmenden Käufers. OLG. Hamb., Seuff. A. **57** 2.

Wenn Pflicht zur Verzinsung des Kaufpreises, deren Beginn und die an nicht pünktliche Zinszahlung geknüpfte Fälligkeit des Kaufpreises von der Gegenverpflichtung zur Auflassung nach der Vereinbarung unabhängig sein sollen, so kann der auf Zahlung des Kaufpreises Verklagte die Einrede nicht rechtzeitig erfolgter Auflassung wenigstens dann mit Erfolg nicht vorbringen, wenn die letztere noch vor Erlaß des Berufungsurtheils geschieht. **RG.** R.**02** 19 Nr. 25.

Ist der Versicherte zur Deckungsversicherung berechtigt, so kann er gemäß § 320 die Zahlung der Prämien verweigern, bis ihm die Kosten der neuen Versicherung erstattet sind. OLG. Hamb.; HansGZ. **02** Hauptbl. 141.

OLG. Dresden, SächsAnn. **22** 235: Bei einem Platzgeschäfte gegen Kasse wird der Verkäufer durch die nachträgliche Vereinbarung der Uebersendung der Waaren an den auswärtigen Wohnort des Käufers nicht zur Vorleistung verpflichtet.

OLG. Darmst., HessR. **1** 185: Die Vereinbarung zwischen einer Brauerei und einem Biergeschäfte, wonach die Brauerei zur Gewährung eines Darlehens in bestimmter Höhe und von bestimmter Zeitdauer, das Biergeschäft dagegen zur Abnahme seines Bierbedarfs von der Brauerei verpflichtet ist, stellt keinen gegenseitigen Vertrag dar. Es handelt sich nicht um einen Vertrag, in dem Werthe und Gegenwerthe mit rechtlicher Bedingtheit gegenübergestellt sind, sondern es besteht nur eine gewollte wirthschaftliche Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses. Hieraus folgt, daß bei mangelnder Erfüllung von der Gegenseite nicht eine exceptio non impleti contractus, sondern die exceptio doli, soweit ein Verstoß gegen die bona fides vorliegt, gegeben ist.

OLG. Stuttg., Jahrb. d. Württ. R. **8** 303: Ueber Gültigkeit und Auslegung eines Vertrags, wodurch ein Wirth sich verpflichtet, sein Bier aus einer bestimmten Brauerei zu beziehen, wenn sie ihm stets gutes Bier liefert; vgl. **RG.** DJZ. **02** 118.

OLG. **4** 222 (Dresden): Bei Sukzessivlieferung darf der Verkäufer die an sich fällige Einzellieferung verweigern, solange der Käufer den Kaufpreis für die schon gemachten Lieferungen nicht vollständig bezahlt hat, — außer wenn dies

nach Abs. 2 des § 320 gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Vgl. OLG. Hamb., HansGZ. **02** 97.

§ 321. 1. Türk, Gruchots Beitr. **43** 549 ff.: Der Irrthum über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners beim Vertragsschlusse nach BGB.: Je nachdem die Zahlungsfähigkeit bedungen oder stillschweigend vorausgesetzt war, richtet sich der Irrthum nach § 119 Abs. 1 oder Abs. 2: nur in letzterem Falle ist ihre Bedeutung für die vertragliche Einigung der Parteien nach Verkehrsbegriffen festzustellen, denn ist sie zugesichert, so ergiebt sich ihre konkrete Bedeutung bereits aus der Willenserklärung selbst; beiden Fällen gemeinsam ist das für die Erheblichkeit eines jeden Irrthums im § 119 Abs. 1 aufgestellte Erforderniß (557).

2. a) Silberschmidt, Seuff. Bl. **02** 149 ff.: §§ 321, 610 enthalten Ausnahmebestimmungen, die nur Platz greifen können, wenn alle im Gesetze bestimmten Voraussetzungen gegeben sind, und erscheinen daher, entgegen der Erklärung des Kuhlenbeck'schen Kommentars zu § 321, ausdehnender Auslegung und analoger Anwendung nicht fähig. Es kann also eine direkte Anwendung dieser Gesetzesbestimmungen nicht in Frage kommen, wenn der Gegenkontrahent schon beim Vertragsabschlusse in schlechten Vermögensverhältnissen war, wenn der eine Theil seine Leistung bereits vollendet hat (Endemann, Lehrbuch § 124 Anm. 11). Andererseits darf beim Nachweise der Vermögensverschlechterung im Sinne des § 610 der Versprecher sein Wort widerrufen, Sicherheitsleistung hindert dies entgegen der Ansicht Regelsbergers, Jahrb. **40** 481 nicht, weil das Gesetz den Versprecher einfach befreit und ihm auch ein geringeres Risiko nicht zumuthet.

b) **RG. 50** 257, Seuff. A. **57** 352: Das BGB. hat die sog. clausula rebus sic stantibus nicht als Regel aufgenommen, sondern nur als Ausnahme für die Fälle der §§ 321 und 610. Es ist allerdings in jedem Einzelfall zu prüfen, ob nicht nach der Absicht der Parteien der Rücktritt wegen veränderter Umstände der einen oder anderen Partei zustehen soll, (§ 346 HGB. § 157 BGB.).

OLG. **4** 12 (Hamb.): §§ 321, 610 sind nicht zwei Spezialfälle eines allgemein geltenden Grundsatzes. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß aus den Erklärungen bei dem Vertragsschluß im einzelnen Falle der Wille der Kontrahenten zu entnehmen ist, daß der Vertrag nur mit der Klausel „rebus sic stantibus" abgeschlossen werden solle. Doch läßt sich auch z. B. nicht einmal bezüglich der Termingeschäfte anerkennen, daß sie stets als mit der Klausel abgeschlossen zu behandeln seien. Ebenso **RG.** JW. **02** Beil. 230.

3. Silberschmidt, a. a. O. Die §§ 321 und 610 unterscheiden sich dadurch, daß § 610 Auslegungsvorschrift, § 321 aber ergänzender Rechtssatz ist (Stammler, R. der Schuldverhältnisse 94 und Kohler, JLBl. **99** 35 gegen Regelsberger, a. a. O. 481). Die von Regelsberger vermißte praktische Bedeutung des Unterschieds dürfte darin bestehen, daß die Widerrufsmöglichkeit des § 610 eben „im Zweifel" eintritt, also, falls die Parteien nicht zweifellos etwas Anderes gewollt haben, während das Recht des § 321 kraft Gesetzes entsteht, unabhängig von jeder Vereinbarung und nur durch ausdrücklichen Verzicht verloren geht.

In den Fällen, in welchen §§ 321 und 610 nicht anwendbar sind, kann eventuell nur durch Vertragsanfechtung geholfen werden.

4. a) Silberschmidt, a. a. O.: Einen allgemeinen Rechtssatz, wie ihn Lenel, Jahrb. **41** 22 f. aufstellt, daß ein Zahlungsunfähiger einen ihm zugesagten Kredit ohne Sicherheitsleistung nach Treu und Glauben nicht fordern dürfe, und daß daher eine Einrede gegen seine Forderung bis zur geleisteten Sicherheit bestände, giebt es nicht (Regelsberger, a. a. O. 482), da sonst die §§ 321 und 610 ganz überflüssig wären.

b) Dem zur Vorleistung verpflichteten Kontrahenten steht kein Anspruch auf Sicherheitsleistung zu, so daß nicht davon die Rede sein kann, daß der andere Theil mit der Sicherheitsleistung in Verzug gerate und deshalb § 326 Platz greife. Ob die Voraussetzungen des § 321 vorliegen, ist nach dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Vorleistung zu prüfen. Vor diesem Zeitpunkt ist der andere Theil nicht verpflichtet, eine Erklärung über seine Bereitwilligkeit zur Sicherheitsleistung abzugeben und er ist an eine etwaige vorzeitige Erklärung nicht gebunden. OLG. **6** 44 (Hamb.).

Da § 321 nur ein Zurückbehaltungsrecht und nicht einen Anspruch darauf giebt, daß der andere Kontrahent Sicherheit leiste oder gegen Kasse abnehme, so kann sich die Sache so gestalten, daß die Ausführung des Vertrages unterbleiben muß, weil der eine Theil seine Leistung zurückhält, bis der andere Theil Sicherheit bestellt oder Erfüllung Zug um Zug anbietet, dieser aber beides verweigert. Solch eine Schwebezustand, der einem geordneten Handelsverkehr widerspräche, kann zu der Annahme führen, daß in Anwendung der §§ 346 HGB., 157 BGB. dem zur Vorleistung Verpflichteten ein Rücktrittsrecht zusteht. Diese Annahme ist aus dem muthmaßlichen Willen der Kontrahenten bei dem Vertragsabschlusse, wie aus dem Umstande zu entnehmen, daß derjenige, der weder Sicherheit leistet noch Erfüllung Zug um Zug anbietet, dolos handelt, wenn er gleichwohl den andern am Vertrage festhalten will. OLG. **6** 44 (Hamb.).

5. a) Der Irrthum über die Zahlungsfähigkeit einer Person kann sehr wohl unter den Irrthum über die Eigenschaften dieser Person fallen. Mit Türk, Gruch. **43** 555 ist anzunehmen, daß dieser Irrthum dann beachtlich ist, wenn die Zahlungsfähigkeit im gegebenen Falle nach allgemeiner Verkehrsanschauung zum Wesen der Person gehört. Bei Kreditgeschäften versteht es sich von selbst, daß die Zahlungsfähigkeit wesentlich ist. Dagegen ist eine Anfechtung dann nicht statthaft, wenn der Kreditierende sich lediglich über den Grad der Solvenz oder der Kreditwürdigkeit geirrt hätte. Auch muß die Zahlungsunfähigkeit sicher sein. OLG. **3** 39 (Breslau).

Ebenso widerlegt OLG. **4** 9 ff. (Breslau) eingehend in Anlehnung an den früheren Rechtszustand unter Würdigung der Entstehungsgeschichte der §§ 321, 119 die Ansicht, daß der Irrthum über die Kreditwürdigkeit als Irrthum im Beweggrund unbeachtlich sei. Auch hier wird mit Staub, Komm. zu § 373 Anm. 31 und dem **RG.** JW. **01** 463 betont, daß die Insolvenz wirklich vorhanden sein muß. Die Thatsache, daß jemand in Konkurs geraten ist, kann, auch wenn der den Kredit Nehmende bereits früher mehrere Male in Konkurs geraten ist, wenn sie zwei Jahre zurückliegt, dann nicht als ausschlaggebend für den Entschluß der Kreditgewährung angesehen werden, wenn der Betreffende zur Zeit dieser Gewährung in geordneten Verhältnissen lebt, obschon man in solchen Fällen an den Beweis des Gegentheiles weniger starke Anforderungen stellen wird.

b) Regelsberger, Iherings J. **40** 477 ff.: Die Vorschrift kommt auch dem Kreditversprechenden zu Gute, der über die zur Zeit des Vertragsschlusses bestehende ungünstige Vermögenslage des Kreditnehmers in entschuldbarer Unkenntniß war.

Zum Wegfalle der Leistungsverweigerung genügt, daß aus den Umständen hervorgeht, der zur Vorleistung Verpflichtete habe die Gefahr einer nachträglichen ungünstigen Vermögenslage seines Vertragsgegners in den Kauf genommen. Es bedarf dazu keiner ausdrücklichen Abrede.

c) Die Anwendung des § 321 trifft auch zu, wenn die Vermögensverhältnisse schon beim Abschluß des Vertrages keine guten waren. Die gefährdende Verschlechterung muß nur in jedem Falle nach dem Vertragsabschlusse liegen. OLG. Köln, Puchelts Z. **33** 363.

d) OLG. Dresden, SächsAnn. 22 247: Auch der Verkäufer einer erst anzufertigenden Waare ist nicht schon wegen unsicherer Vermögensverhältnisse des Bestellers zum Rücktritte vom Vertrage berechtigt.

Das Verweigerungsrecht aus § 321 besteht dann nicht, wenn der zur Vorleistung Verpflichtete von einer schon vor dem Vertragsabschlusse bestehenden Gefährdung des Anspruchs auf die Gegenleistung erst nach dem Vertragsabschlusse Kenntniß erhält.

e) Daraus allein, daß ein Wechselverpflichteter Wechselaccepte unter Protest hat ergehen lassen, kann noch nicht ohne Weiteres auf eine inzwischen eingetretene wesentliche Vermögensverschlechterung im Sinne des § 321 geschlossen werden. Insbesondere spricht der Umstand, daß der Betreffende sie nachträglich noch in der Hauptsache bezahlt hat, für die Annahme, daß es sich bei der erstmaligen Nichteinlösung der Wechsel nur um eine momentane Zahlungsverlegenheit gehandelt hat. — Die Anwendung des § 321 setzt jedenfalls eine erst nach dem Vertragsschluß eingetretene Vermögensverschlechterung voraus, wogegen sich für den Fall einer bereits zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandenen schlechten Vermögenslage die Frage ergiebt, ob eine Anfechtung wegen Irrthums oder Betrugs stattfinden kann. OLG. Dresden, SächsA. 11 503.

6. a) **RG.** 51 171 ff.: Das durch § 321 gewährte Recht entsteht nicht erst durch eine außerhalb des Rechtsstreits an den anderen Theil erlassene Kundgebung, sondern durch die Thatsache der Vermögensverschlechterung des zur Gegenleistung Verpflichteten. . . . Die Einrede aus § 321 ist auch gegenüber demjenigen, auf welchen die Forderung aus einem gegenseitigen Vertrag ohne die derselben gegenüberstehende Verbindlichkeit übergegangen ist, zulässig und auch in diesem Falle durch die Vermögensverschlechterung des ursprünglichen Forderungsberechtigten begründet, vgl. JW. 02 Beil. 230, R. 03 103.

b) Flechtheim, Buschs Z. 28 263: Der Drittschuldner wird das Recht, Leistung Zug um Zug zu verlangen, regelmäßig sogar dann haben, wenn ihm zwar nach dem ursprünglichen Vertrag eine Vorleistung oblag, sich aber nachträglich die Vermögensverhältnisse des anderen Theiles wesentlich verschlechtert haben.

7. Jaeger, KO. 145: Die Vorschrift des § 321 greift auch durch gegenüber dem nach § 17 KO. in den gegenseitigen Vertrag eintretenden Konkursverwalter.

8. Nußbaum, Preuß. GesindeO. 72: § 321 gilt auch im Gesinderechte.

9. **RG.** JW. 03 Beil. Nr. 33: Wenn § 321 auf hypothekarisch sichergestellte Forderungen anwendbar sein soll, bedarf es des Nachweises, daß die Realsicherheit, die das Grundstück bietet, zur Sicherstellung der Forderung nicht ausreicht.

OLG. 4 13 (Hamb.): Wenn der Verkäufer das Recht aus § 321 zu einer Zeit geltend macht, wo seine Grundlagen noch nicht bestanden, kann er sich nicht nachträglich gegen die Klage des Käufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung damit wehren, daß er behauptet, inzwischen seien die Voraussetzungen jenes ihm ausnahmsweise gegebenen Rechtes eingetreten. Vgl. Rehbein II, 176.

OLG. 4 31 (Colmar): Der Verkäufer ist nach bewirkter Vorleistung nicht berechtigt, den für die Zahlung des Preises gewährten Kredit wegen nachträglichen Vermögensverfalls des Käufers zu widerrufen. Zu unterscheiden hiervon ist die Frage, ob der Verkäufer berechtigt gewesen wäre, wegen Irrthums über die Kreditwürdigkeit des Käufers den Vertrag als Ganzes anzufechten.

OLG. 4 222 (Hamb.): Der § 321 gewährt dem Verkäufer nicht das Recht, vom Käufer eine andere Leistung als diejenige, zu der er sich vertragsmäßig verpflichtet hat, zu fordern. Hat der Käufer auf Kredit gekauft, so ist der Verkäufer nicht etwa nach Eintritt der Voraussetzungen des § 321 berechtigt,

nunmehr vom Käufer Annahme bzw. Abnahme der Waare unter Zahlung des Kaufpreises bzw. Sicherheitsleistung dafür zu verlangen. Das Geschäft, inhalts dessen auf Kredit gekauft ist, erhält im Falle des § 321 keineswegs die Natur eines Zug um Zug zu erfüllenden Kaufgeschäftes.

RG. JW. **03** Beil. Nr. 7: § 321 befreit nicht von der vertragsmäßigen Vorleistungspflicht, sondern schafft nur das dilatorische Vertheidigungsmittel des Zurückbehaltungsrechts: es kann also der sich der Befugniß aus § 321 bedienende Verkäufer nicht seinerseits aus § 433 Abs. 2 auf Zahlung des Kaufpreises und Abnahme der gekauften Sache klagen und so gegen den Willen des Käufers einen wesentlich anderen, für diesen sehr viel beschwerlicheren Vertragsinhalt als Kläger im Prozesse durchsetzen; vgl. R. **03** 103, 152.

10. Busch, DJZ. **02** 307: Der Einwand aus § 321 hat gemäß § 322 die Folge, daß nur Verurtheilung des Beklagten Zug um Zug ausgesprochen werden darf; vgl **RG.** R. **02** 507. Die Thatsache des Eintritts der Vermögensverschlechterung genügt, um die gleiche Lage zu schaffen, als wenn von Anfang an die Vorleistung ausgeschlossen gewesen wäre.

§ 322. 1a. Rosenberg, Iherings J. **43** 284 ff.: Da der Schuldner die ihm zukommende Leistung ohne Bewirkung der von ihm geschuldeten Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung beitreiben kann, wenn der Gläubiger im Verzuge der Annahme ist, so folgt daraus, daß der Annahmeverzug die Abhängigkeit der beiden gegenseitigen Forderungen aufhebt; das Gleiche gilt für den Fall des § 274.

Hellwig, Anspruch 376 f.: Geht aus dem eigenen Anführen des Klägers hervor, daß er vorleistungspflichtig ist, so bedarf es keiner Einwendung des Beklagten. (Ebenso Staudinger. A. A. Schollmeyer.)

Wer nach §§ 322 Abs. 1, 274 Abs. 2 die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern berechtigt ist, ist zur Erfüllung Zug um Zug zu verurtheilen. Versagt er seine Mitwirkung und geräth er dadurch in Annahmeverzug, so wird sich dies bei der Zwangsvollstreckung gemäß § 274 Abs. 2 wirksam zeigen; für die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug kann es hierauf nicht ankommen. **RG. 51** 367, JW. **02** Beil. 246.

b) Die Einrede aus § 322 Abs. 1 ist gegenüber jedem Forderungsberechtigten und insbesondere auch gegenüber demjenigen, auf welchen die Forderung aus einem gegenseitigen Vertrage ohne die derselben gegenüberstehende Verbindlichkeit übergegangen ist, zulässig und auch in diesem Falle durch die Vermögensverschlechterung des ursprünglichen Forderungsberechtigten begründet, da dieser der zur Gegenleistung Verpflichtete geblieben ist, wenn die der Forderung gegenüberstehende Schuldverbindlichkeit nicht zugleich mit der Forderung auf den neuen Gläubiger übergegangen ist. **RG. 51** 172.

2. Die Bedeutung des § 322 Abs. 2 ist die, daß der eine Theil schlechthin auf Grund des Annahmeverzugs eine Klage auf künftige Leistung erheben kann. Denn die Klage auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung ist nichts anderes als die Klage auf eine Leistung, die zu bewirken ist, wenn und nachdem der Kläger seinerseits erfüllt haben wird. Der Unterschied zwischen der Verurtheilung zur sofortigen Erfüllung (Zug um Zug) und der Verurtheilung zu künftiger Leistung (nach Empfang der Vorleistung) zeigt sich darin, daß aus dem ersten Urtheile der Gläubiger sofort die Vollstreckungsklausel erhält, im zweiten Falle dagegen nur nach CPO. § 726 Abs. 1. Das Recht auf Vorleistung wird erst aufgehoben durch die Annahmeverweigerung trotz Verurtheilung.

3. Rehbein II 177: Der in der Fassung ganz verunglückte Abs. 2 des § 322 ist eine inkorrekte und unbillige Vorschrift, da sie den Gläubiger, obwohl der Andere in Annahmeverzug ist, zwingt, die Gegenleistung wiederholt anzubieten.

4. **RG.** JW. **03** Beil. Nr. 22: Das Recht aus § 322 braucht nicht mit den Gesetzesworten, es kann auch stillschweigend geltend gemacht werden.

§ 323. 1. Crome, System II. 448 Anm. 33, R. **02** 335: Die allgemeinen Vorschriften der §§ 323 ff. kommen neben den Gewährleistungsansprüchen zur Anwendung.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen: § 323 bestimmt nicht die Folgen der Unmöglichkeit auf die unmittelbar betroffene Leistung, sondern nur die auf die Gegenleistung (135, 140).

Die §§ 472, 473 dürfen, trotz ihrer unterschiedslosen Anführung in § 323 Abs. 1, nicht schlechterdings, sondern nur mit verschiedenen Modifikationen auf den Fall der zufälligen theilweisen Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen übertragen werden. (Kisch, Unmöglichkeit 171 f.) Insbesondere findet der § 473 nicht nur bei Unvertretbarkeit, sondern auch bei Untheilbarkeit der Gegenleistung Anwendung (Kisch 177 f.).

2. Kisch, Unmöglichkeit: Abs. 1 bezieht sich nur auf die Grundverpflichtungen, nicht auf alle Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen überhaupt (7ff.). Die zufällige Unmöglichkeit hebt den gegenseitigen Vertrag nicht schlechterdings auf (42 f.). Namentlich giebt sie bei Miethe, Dienstvertrag und Gesellschaft vielfach erst Veranlassung zur Kündigung (55). Die Minderung bei theilweiser Unmöglichkeit vollzieht sich ipso jure; sie ist kein Anspruch wie das Wandelungsrecht, insbesondere auch kein Entschädigungsanspruch (§ 179). Eine Minderung nach § 323 Abs. 1 Satz 2 tritt nicht ausnahmslos ein (§ 182).

Kleineidam a. a. O.: Besteht die zu kürzende Gegenleistung ganz aus vertretbaren Sachen oder theilweise aus Geld und theilweise aus vertretbaren Sachen, so hat eine quotenmäßige unmittelbare Kürzung an den Leistungsgegenständen selbst zu erfolgen. Besteht die Gegenleistung theilweise aus vertretbaren und theilweise aus nicht vertretbaren Sachen, so ist an dem vertretbaren Theile die quotenmäßige Kürzung unmittelbar zu machen, bezüglich des nicht vertretbaren Theiles aber eine quotenmäßige Vergütung in Geld dem Gegenleistungsberechtigten aufzuerlegen (137, 138).

Schöller, Gruchots Beitr. **45** 511: Bloß theilweise, im Gegensatze zur vollständigen Unmöglichkeit der Leistung im Sinne der §§ 323, 325 liegt stets dann vor, wenn der mögliche Rest der Leistung einen Bestandtheil des gesammten Leistungsinhalts bildet, ganz gleichgültig, ob die Gesammtleistung nach ihrer Natur oder nach der Absicht der Parteien theilbar ist oder nicht. Theilweise möglich ist z. B. die Leistung eines unvollendeten einheitlichen Werkes, dreier Pferde eines Viergespanns, nachdem ein Pferd gefallen ist. Bei zufälliger theilweiser Unmöglichkeit bleibt daher der Gläubiger trotz mangelnden Interesses verpflichtet, eine derartige unvollkommene Theilleistung anzunehmen und den entsprechenden Theil der Gegenleistung zu machen. In diesem Sinne hat das Gesetz die Gefahr der theilweisen Unmöglichkeit bewußter- und gewolltermaßen zwischen Gläubiger und Schuldner vertheilt.

Regelsberger, Iherings J. **40** 266: Der Minderungsanspruch, der daraus entspringt, daß bei einem gegenseitigen Schuldvertrage die dem einen Theile obliegende Leistung unverschuldet theilweise unmöglich geworden ist, hat die Natur eines Schadensersatzanspruchs. Ist die Größe der Minderung streitig, so trifft die Beweislast den die Minderung Beanspruchenden.

3. Zu Abs. 2. Kisch a. a. O.: Der Gläubiger kann, wenn er schon vorgeleistet hat, nach Analogie des § 264 zur Wahl zwischen der Rückforderung seiner Vorleistung nach § 323 Abs. 3 und dem Verlangen eines Surrogats nach § 281 veranlaßt werden (219 f.). Verlangt er den Ersatz, so mindert sich seine Gegen-

leistung. Die Minderung unterliegt jedoch in mehrfacher Beziehung anderen Grundsätzen als im Falle der teilweisen Unmöglichkeit (220 f.).

Kleineidam a. a. O.: Die Zulässigkeit des Anspruchs auf Ersatz ist nicht durch § 323 normirt, sondern lediglich nach § 281 zu beurtheilen (138).

Die im Abs. 1 dem Schuldner gewährte Befreiung von der Gegenleistungspflicht, ist, wie Abs. 2 zeigt, nur eine durch Geltendmachung des Ersatzanspruchs resolutiv bedingte (139.)

Francke, Seuff. Bl. **01** 133 ff.: Wenn von mehreren aus demselben Vertrage geschuldeten Leistungen eine unmöglich ward und deshalb die nur einheitlich bestimmte Gegenleistung nicht mehr voll beansprucht werden kann, so hat der Gläubiger darzuthun, was nunmehr als Gegenleistung angemessen ist, und nicht etwa der Schuldner zu mindern.

Langheineken: Mathematische Bemerkungen zum BGB. I 20: Der Ausdruck „insoweit als" bedeutet nicht „umsoviel als", sondern „sofern" oder „wenn". Die Gegenleistung reduzirt sich auf $\frac{e}{u} \cdot g$, wo e den Werth des Ersatzes oder Ersatzanspruchs, u den der geschuldeten (unmöglich gewordenen) Leistung und g den ursprünglichen Werth der Gegenleistung bezeichnet, — diese Werthe bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

4. **RG. 48** 181: § 63 HGB. stellt lediglich eine Ausnahme von § 323 dar, er bestimmt nur für die Vertragszeit, aber nichts über deren Dauer.

Nußbaum, Preuß. Gesindeordn. Anm. 2 zu § 53, Anm. 2 zu § 133, 65 über die Anwendbarkeit der §§ 323—325 auf das Gesinderecht.

5. Aus der Praxis:

OLG. Colmar, Ztschr. f. Elf.-Lothr. **26** 107: Durch Brand der Fabrik war die Lieferung der bestellten Waaren unmöglich geworden. Der Besteller kann einen Anspruch gegen den Lieferanten nicht darauf stützen, daß die Rohstoffe, welche zur Anfertigung der bestellten Waaren bereits beschafft waren, im Preise gestiegen seien, wodurch der Lieferant einen Gewinn erlangt hätte. Denn dieser Gewinn ist nicht Ersatz des zu liefernden, untergegangenen Gegenstandes. Nach Art. 1303 C. c. entschieden.

OLG. Dresden, SächsAnn. **24** 119: Rücktritt vom Vertrag auf successive Lieferung von Heizungsmaterial wegen unverschuldeter Unmöglichkeit auch nur einiger Lieferungen.

§ 324. 1. Kisch a. a. O.: Der Gläubiger hat die Unmöglichkeit der ihm geschuldeten Leistung zu vertreten, wenn er eine solche durch Vertragsverletzung, unerlaubte Handlungen, anderweitige Verschaffung der Leistung, endlich dadurch herbeiführt, daß er die in seinem Bereiche liegenden nothwendigen Voraussetzungen für die Möglichkeit der Erfüllung aufhebt (72); nicht aber steht er für eine in seiner Sphäre eintretende zufällige Unmöglichkeit ein; ebensowenig geräth er bei einer solchen in Annahmeverzug (79).

Das Recht des Schuldners auf die Gegenleistung bleibt als vertragliches Recht unverändert und ist nicht als Entschädigungsanspruch aufzufassen (82) (vgl. Kisch in Iherings J. **44** 126). Die gesetzlichen Bestimmungen über Anrechnung des anderweitig Erworbenen und Ersparten sind zu kasuistisch und nicht erschöpfend. Insbesondere gehört auch hierher, was der Schuldner durch anderweitige Verwendung des zur Leistung untauglich gewordenen Schuldobjekts erwirbt (91).

Der Grundsatz des § 324 erleidet Modifikationen bei der Miethe, dem Dienstvertrag und der Gesellschaft (87 f.).

Zur Beweisfrage: der Schuldner, welcher trotz Unmöglichkeit der eigenen die gegnerische Leistung einklagt, hat das Verschulden des Gläubigers zu beweisen (40 f.).

Kleineidam a. a. O.: Auch hier sind nur die Folgen der Unmöglichkeit auf die Gegenleistungspflicht bestimmt, die Folgen für die unmittelbar betroffene Leistung ergeben sich aus §§ 275 ff. (140).

Mit dem Anspruch aus § 324 kann eventuell ein Anspruch aus §§ 823 ff. konkurriren (140, 141).

Die Anrechnung der Ersparnisse ist nicht nur verhältnißmäßig, sondern absolut, und hat in Geld zu erfolgen. Der letzte Satz des § 473 ist anwendbar (142).

2. Aus der Praxis:

OLG. **1** 236 (Karlsr.): Durch Selbstverkauf während der Frist macht der Auftraggeber — bei unwiderruflichem Auftrage — dem Mäkler die ihm obliegende Leistung, innerhalb der Frist einen Kaufliebhaber beizuschaffen und einen Verkauf zu Stande zu bringen, unmöglich; s. hierzu unter § 275 Ziff. 4.

OLG. **4** 30 (Posen): Infolge Abnahmeverzugs war die Waare durch die Bahnverwaltung versteigert worden; behufs Abwendung der Versteigerung hätte der Absender unverhältnißmäßige Kosten vorschießen müssen. Demnach ist die durch die Versteigerung eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung nicht auf einen Umstand zurückzuführen, den der Absender zu vertreten hat.

BayrObLG., R. **03** 152: Spielverpflichtung eines Artisten auf zwei Monate unter der Vereinbarung, daß unvorhergesehene unglückliche Ereignisse den Vertrag ohne Kündigung aufheben: darunter ist nicht bloß ein außerhalb des Theaterbetriebs eintretendes Ereigniß zu verstehen, — die Nothwendigkeit der Erneuerung des Bühnenbodens fällt aber nicht darunter, — der Artist durfte darauf vertrauen, daß das Unternehmen in ordentlichem Stande erhalten werde.

§ 325. 1. Jacobi, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326. (Würzburg, 1902).

a) Soll bei theilweiser Nichterfüllung oder theilweisem Verzug hinsichtlich der ganzen Verbindlichkeit das Wahlrecht aus §§ 325 ff. ausgeübt werden, so ist die Voraussetzung, daß eine theilweise Erfüllung für den vertragstreuen Theil kein Interesse habe, nur dann gegeben, wenn die theilweise Erfüllung in der ursprünglichen Gestalt das vom Berechtigten beim Vertragsabschluß vorausgesetzte Zweckmoment in der Obligation nicht befriedigt.

Dieses wirthschaftliche, ökonomische Endziel der Obligation kann sowohl durch die Eigenart der dem Berechtigten obliegenden, als auch der ihm geschuldeten Leistung begründet sein. Ist diese Leistung ihrem Wesen nach untheilbar, — vergl. Art. 359 ADHGB. — die Voraussetzung der Anwendbarkeit der §§ 325 Abs. 1 S. 2, 326 Abs. 1 S. 3 und Abs. 2 gegeben. (57, 58).

b) Wird das Rücktrittsrecht gewählt, so ist die kumulative Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs unzulässig (78); da Kündigung nur eine Art des Rücktrittsrechts ist, so kann auch, sofern nicht positiv das Gesetz neben ihr einen Schadensersatzanspruch zuläßt, auch im Falle außerordentlicher Kündigung kein Schadensersatz begehrt werden; so ist z. B. im Falle des § 643 außer dem Anspruch auf Vergütung und Auslagenersatz nach § 645 Abs. 1 S. 2 kein Schadensersatzanspruch wegen Verdienstentgang nach § 642 zulässig. Mot. II S. 496.

c) Der Schadensersatzanspruch nach §§ 325, 326 tritt an Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung des schuldigen Theils (45 ff.); daselbst Bekämpfung der gegnerischen Ansicht.

Der praktische Unterschied beider Auffassungen tritt am ehesten dann zu Tage, wenn die Leistung des nichtschuldigen Gläubigers nicht in Geld, sondern in anderen, individuell bestimmten Objekten besteht (Tausch); ferner dann, wenn

im Falle des Annahmeverzugs der Verkäufer, ohne seinerseits die ihm obliegende Leistung zu bewirken oder bewirken zu können, die Differenz zwischen dem Verkaufspreis und dem Marktpreis bei Ablauf der Nachfrist als Schadensersatz verlangen will (ein Fall in **RG. 50** 255 ff.); schließlich dann, wenn Verkäufer, ohne daß zugleich konkurrirend Annahmeverzug gegeben ist, den Selbsthülfeverkauf vornehmen will. Der Selbsthülfeverkauf ist nur dann statthaft und die Schadensersatzklage des seinerseits zur Bewirkung der ihm vertragsgemäß obliegenden Leistung unfähigen Verkäufers nur dann begründet, wenn man sich der Theorie des Differenzanspruchs anschließt, da dann der ganze gegenseitige Vertrag, (Leistung und Gegenleistung) sich in die einzig übrig bleibende Schadensersatzverbindlichkeit auflöst, und der Gläubiger nicht mehr zur Bethätigung der ihm auf Grund des Vertrages obliegenden Leistung verbunden ist (45, 48, 49 ff.

d) Der Wortlaut „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" giebt nur den Grund an, weshalb der Schadensersatz begehrt wird; er begrenzt daher lediglich den Umfang des zu ersetzenden Schadens (34, im Anschluß an **RG. 50** 264/5).

2. a) Kisch, a. a. O.: Der Gläubiger, welcher Schadensersatz verlangt, hat beim gegenseitigen Vertrage die eigene Gegenleistung zu bewirken (132 f.). Die verschiedenen Befugnisse des Gläubigers nach § 325 schließen sich gegenseitig aus (151). Die Wahl zwischen denselben kann, sofern verschiedene Leistungen des Schuldners in Frage stehen, durch Fristsetzung nach Analogie des § 264 herbeigeführt werden (154 f.) Sie ist bereits mit der Erklärung unwiderruflich (§ 158).

Bei theilweiser verschuldeter Unmöglichkeit hat der Gläubiger ein Recht auf Schadensersatz oder Rücktritt hinsichtlich der ganzen Leistung nur dann, wenn die Erfüllung des Vertrags (d. h. der Austausch der beiderseitigen Leistungen) für ihn kein Interesse hat (187); ob dies zutrifft, entscheidet sich nach den Vertragszwecken (187 f.) und ist vom Gläubiger zu beweisen (189).

Der § 325 erleidet Modifikationen bei Miethe, Dienstvertrag, Gesellschaft (147).

b) Kleineidam a. a. O.: Der im § 325 gegebene Schadensersatzanspruch hat keine selbständige Bedeutung, sondern ist nur eine Wiederholung der Bestimmung des § 280. Auf den Schadenersatz ist der Werth der Gegenleistung nicht ohne Weiteres abzurechnen. Vielmehr ist die Gegenleistung gegen den Schadensersatz voll zu bewirken (145).

Bei nur theilweiser Unmöglichkeit der Leistung hat der Gegenleistungsberechtigte auch theilweisen Schadensersatzanspruch und theilweises Rücktrittsrecht. Bei letzterem sind dann §§ 471 ff. analog anzuwenden (146 f.)

Neben dem Rücktrittsrecht aus § 325 kann der Anspruch auf den Ersatz aus § 281 nicht geltend gemacht werden, wohl aber neben dem Schadensersatzanspruche. Bei den „Rechten aus § 323" ist der Ersatzanspruch bereits unmittelbar berücksichtigt (147 ff.).

Das Verhältniß der drei Rechte des Gläubigers aus § 325 ist nicht nach §§ 262 ff. zu beurtheilen. Eine Konzentration des ganzen Verhältnisses auf eines dieser 3 Rechte — Schadensersatz, Rücktritt, Rechte aus § 323 — ist jedoch durch analoge Anwendung des § 355 zu erzielen, da auch die Geltendmachung der Rechte aus § 323 nur ein modifizirtes Rücktrittsrecht darstellt (150).

3. a) Schöller, Gruchots Beitr. **44** 603, **45** 511: §§ 325 f. Auch verschuldete nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung des einen Theiles hebt, wie sich aus der Bezugnahme auf § 323 Abs. 1, Satz 3 ergiebt, die Leistungspflicht des anderen Theiles kraft Rechtens auf. An die Stelle der beiderseitigen Leistungspflicht, nicht nur an die Stelle der Leistung des schuldigen Theiles, tritt der Schadensersatz wegen Nichterfüllung, d. h. der Anspruch des nichtschuldigen Theiles auf Ersatz des ihm durch die Aufhebung des Vertrags entstehenden Schadens. Der

kraft § 323 eintretenden Aufhebung der beiderseitigen Leistungspflicht gegenüber bedeutet das Rücktrittsrecht nur einen Verzicht auf den Schadensersatz unter Wahrung des erweiterten Rückforderungsrechts gemäß § 347. Entsprechendes gilt im Falle des § 326; auch hier bewirkt der in Folge des unheilbaren Verzugs eintretende Wegfall der Naturalerfüllungspflicht des säumigen Theiles auch Wegfall der Naturalerfüllungspflicht des anderen Theiles und Auflösung des ganzen Vertrags in einen einseitigen Interesseanspruch des letzteren.

Wenn dagegen eingewandt wird, ein Erlöschungsgrund für die Verbindlichkeit des nichtschuldigen Theiles sei nicht ersichtlich, derselbe erhalte im Schadensersatz ein vollgültiges Aequivalent für die weggefallene Leistung und bleibe deshalb zur Gegenleistung verpflichtet, es komme beim gegenseitigen Vertrage doch nur auf den Werthaustausch an, so wird verkannt, daß der gegenseitige Vertrag dem Güteraustausche, nicht dem bloßen Austausche von abstrakten Werthen dient, daß die Leistung des einen Theiles um der bestimmten konkreten Leistung des anderen Theiles, nicht um eines beliebigen Surrogats willen, versprochen wird, und daß es ersterem deshalb nicht zugemuthet werden kann, seine Leistung aufzuopfern, um ein bloßes Surrogat zu erhalten.

Rehbein II 201: Statt der Erfüllung, d. h. statt der Leistung gegen Gegenleistung, soll der nicht säumige Theil erhalten, was er hätte, wenn der säumige Schuldner erfüllt hätte. Das liegt im Begriffe des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung setzt einen verbindlichen Vertrag und den Verzug des anderen als den von diesem zu vertretenden Umstand voraus, aus dem in Verbindung damit, daß die Erfüllung des Vertrags kein Interesse mehr für den nicht säumigen Theil hat und Erfüllung nicht mehr gefordert werden kann, die Verpflichtung zum Schadensersatze folgt. Mit alledem und der Natur des gegenseitigen Vertrags ist die Ansicht unvereinbar, daß der nicht säumige Theil sein Interesse nur gegen Leistung dessen zu fordern habe, was er nach dem Vertrage zu leisten hat.

Kisch, Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen, Iherings J. **44** 68 ff. begründet die herrschende Ansicht (Literatur 69), daß der nach § 325 Abs. 1 Satz 1 Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordernde Gläubiger seine Gegenleistung, wie sie versprochen war, zu bewirken hat, gegen Schöller des Näheren aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrags; Schöllers Ansicht werde dem Austauschzwecke des Vertrags am wenigsten gerecht, indem sie das ganze Synallagma in einen bloß einseitigen Entschädigungsanspruch des Gläubigers auflöse und das Interesse des Schuldners an der Erfüllung außer Acht lasse; zudem sei der vertragstreue Gläubiger nicht gezwungen, Schadensersatz zu wählen und demgemäß seine Gegenleistung zu bewirken, — wenn er auf die ursprüngliche, unmöglich gewordene Leistung selbst Werth lege, könne er zurücktreten oder sich für die Alternative des § 323 Abs. 1 erklären 82 f.; — ferner begründet er die Ansicht aus dem Begriffe des Schadensersatzes vom Standpunkte des Schuldners, vom Standpunkte des Gläubigers, Verhältniß von § 280 zu § 325 und aus dem Verhältnisse zwischen Rücktritt und Schadensersatz, — Schöllers Ansicht verstoße gegen den Grundsatz, daß Rücktritt und Schadensersatz mit einander unvereinbar sind.

Wie Kisch: Lucas, Ueber den Tausch, (Freiburger Diss. 1899) 94 ff., Többer Die allgemeinen Bestimmungen des BGB. über den gegenseitigen Vertrag, (Erlanger Diss. 1899) 41, Kaufmann und Götte, DJZ. **99** 152, 399. Crome, System II 181, 188.

Wie Schöller: Schreier Die Lehre des BGB. vom gegenseitigen Vertrag, (Erlanger Diss. 1898) 37, Staffel, A.civP. **92** 467 ff. und Oswalt, DJZ. **99** 214. — Vergl. im übrigen unten zu § 326.

b) In diesem Zusammenhange behandeln Kaufmann, Götte u. Oswalt (s. o. a. a. O.), das Selbsthülfeverkaufsrecht des Verkäufers bei Zahlungssäumniß des Käufers; hierüber — über die Frage, ob der Verkäufer bei Zahlungsverzug des Käufers ohne Herbeiführung auch des Annahmeverzugs zum Selbsthülfeverkauf oder zur abstrakten Schadensberechnung schreiten darf, — Förtsch, DJZ. **02** 64 ff.: Durch die Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung bleiben die Verpflichtungen beider Theile zwar bestehen, durch diese Wahl wird aber dem Käufer das Recht abgeschnitten, durch nachträgliche Erfüllung seine mora zu purgiren, die Verpflichtung des Käufers hat nunmehr die Leistung des Interesses zum Gegenstande; der Verkäufer kann seinerseits erfüllen, ist aber hierzu kraft des im § 320 Abs. 1 Satz 1 ausgedrückten Grundsatzes nicht mehr verpflichtet, da der Käufer (durch seinen Zahlungsverzug und die vom Verkäufer getroffene Wahl) zur einfachen Erfüllung nicht mehr befugt ist; der Verkäufer hat also nothwendiger Weise das Recht, die Waare auf seine Rechnung zu veräußern und so seinen Schaden zu liquidiren; er kann auch freihändig verkaufen, und wenn die Waare einen Börsen- oder Marktpreis hat, die abstrakte Schadensberechnung anstellen; die Ansicht, der Verkäufer müsse den Rücktritt wählen, wenn er nicht liefern wolle, steht in direktem Widerspruche mit dem Gesetze, welches den Verkäufer berechtigt, auch durch Wahl von Schadensersatz wegen Nichterfüllung dem Käufer die Befugniß zur purgatio morae abzuschneiden. Die Sachlage im § 463 ist eine andere, da hier der Verkäufer erfüllt hat, wenn auch mangelhaft. Vgl. OLG. **2** 217 (Hamb.), **4** 16 (Hamb.) und Kisch, Iherings J. **44** 133.

4. Josef, Gruchots Beitr. **41** 306, 315 über die Anwendbarkeit der §§ 325 ff. auf den Altentheil.

5. Die Voraussetzung des § 325 Abs. 1 Satz 2 ist nicht dahin zu verstehen, daß der Nichtsäumige an der Theilleistung kein Interesse habe, — denn ein solches ist der Regel nach an jeder Vermögensleistung anzunehmen, — sondern dahin, daß er kein Interesse an der theilweisen beiderseitigen Erfüllung des Vertrages hat. Dies ist der Fall, wenn es sich um einen untrennbaren Vertrag über einen untheilbaren Gegenstand handelt. **RG. 50** 143 (mit Litteratur-Angaben), s. auch JW. **02** Beil. 195.

OLG. Frankfurt, R. **03** 128: Der Grundsatz des § 325 Abs. 1 Satz 2 gilt nur bei der Unmöglichkeit im gesetzlichen Sinne, also im Falle objektiver Unmöglichkeit oder derjenigen subjektiven Unmöglichkeit, die nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintritt (§ 275 Abs. 2); vgl. auch **RG.** J.W. **02** Beil. 213.

§ 326. 1. Romeick, Zur Technik des BGB., Heft I, Fristbestimmung 01 und DJZ. **01** 493 f. Vgl. §§ 250, 264 Abs. 2, 283, 354, 355, 415, 466, 496, 516, 542, 634, 643, 910, 974, 1003, 1056 Abs. 3, 1133, 1220, 1347, 2193 Abs. 2, 2307.

a) Die Wirksamkeit der Fristbestimmung darf nicht davon abhängig gemacht werden, daß der Fristbestimmende auch wirklich die „angemessene“ Frist herausfindet: eine derartige Treffsicherheit ist dem Fristbestimmenden häufig völlig unmöglich, da die Angemessenheit der individuellen Frist eine Diagonale der beiderseitigen Interessen ist und auf Seiten des Schuldners erhebliche Umstände obwalten können, die der fristbestimmende Gläubiger weder kannte noch kennen mußte.

Die Fristbestimmung muß vielmehr wirksam sein, auch wenn die gesetzte Frist nicht angemessen, nämlich zu kurz ist. Der Fristbestimmende darf insbesondere mit dem Einwand, er habe die Nachholung der Leistung nur in der von ihm ausdrücklich gesetzten — in Wahrheit zu kurzen — Frist gewollt, nicht mehr aber in der wahrhaft angemessenen längeren Frist, nicht gehört werden: denn

die Fristbestimmung empfängt ihre Rechtsbestätigung lediglich von dem abstrakten hypothetischen Rechtsschema, daß die Leistung unter Androhung der Ablehnung nur binnen angemessener Frist verlangt werden dürfe; sie ist die dieses Schema ausfüllende individuelle Norm für den individuellen Rechtsfall, sie darf und kann nichts Anderes besagen, als daß Leistung binnen angemessener Frist verlangt und daß die bestimmte Zeit gesetzt werde, nicht als eine willkürliche, beliebige Frist, sondern als die nach den Interessen und nach der Anschauung des Fristbestimmenden angemessene Frist.

Andernfalls — falls die Angemessenheit der gesetzten Frist ein die Gültigkeit des Verfahrens bedingendes Moment ist — ergeben sich unerträgliche Konsequenzen, vgl. die Fälle §§ 974, 1133, insbesondere auch für die Interessen der Fristbestimmungsparteien, welche beide sich auf diese Unwirksamkeit der Fristbestimmung berufen dürften.

b. Auch die Unterlassung jeder Zeitbestimmung schadet der Wirksamkeit der Erklärung nicht; es genügt, wenn der Gläubiger sagt oder zum Ausdrucke bringt, daß er Nachholung binnen angemessener Frist verlange; denn:

> ist die Erklärung wirksam, wenn der Gläubiger die Frist zwar bestimmt, jedoch falsch, nämlich zu kurz bestimmt, so muß sie um so mehr wirksam bleiben, wenn der Gläubiger seinerseits die Frist unbestimmt läßt.

c. Freilich geht die Gesetzesvorschrift dahin, daß die Fristbestimmung ein Zeitmaaß zu enthalten habe; dies ist aber wie das Erforderniß einer angemessenen Frist nur ein Soll: trotz Verletzung dieser Sollvorschriften wird durch die Erklärung die in Wahrheit angemessene Frist in Lauf gesetzt.

d. Wie der fristbestimmende Gläubiger nicht anzugeben braucht, aus welchen Gründen er die von ihm gesetzte Frist als eine angemessene erachte, so hat auch der Fristbestimmungsempfänger keine Rechtspflicht, der Frist zu widersprechen oder gar die Gründe seines Widerspruchs anzugeben: nur unter Umständen wird aus seinem Schweigen zu folgern sein, daß er die gesetzte Frist als eine angemessene anerkenne.

e. Auch bei der Schuldübernahme nach § 415 ist trotz des abweichenden Wortlauts die dem Gläubiger gesetzte Erklärungsfrist eine angemessene: erklärt der Gläubiger innerhalb angemessener, von der Aufforderung an laufender Frist seine Genehmigung, so wird die Schuldübernahme wirksam.

Fordern beide Theile des Schuldübernahmevertrags, sowohl der Schuldner als der Schuldübernehmer, den Gläubiger unter Setzung verschiedener Fristen zur Erklärung auf, so entscheidet, wenn die zuerst ablaufende Frist zu kurz ist, der Ablauf der angemessenen Frist von der ersten Aufforderung an gerechnet, derart, daß die weitere, noch nicht abgelaufene, unangemessen lang gesetzte Frist nicht weiter in Betracht kommt.

f. Daß durch Nichtleistung des Schuldners innerhalb der Frist die Fiktion der Unmöglichkeit der Leistung begründet werde, ist eine völlig abwegige Vorstellung, welche durch die Bemerkung der Motive II 53 f. hervorgerufen ist, aber übersieht, daß die Motive von dieser „gewissermaßen" eintretenden Fiktion nur sprechen, weil der erste Entwurf den Rechtssatz des § 326 BGB. noch nicht enthielt, es vielmehr im § 369 Abs. 2 E. I bei der gemeinrechtlichen Regel belassen wollte, daß der Gläubiger den Wegfall seines Erfüllungsinteresses beweisen müsse, wenn er auf Grund des Verzugs des Schuldners vom Vertrage zurücktreten, oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen will.

Diese unrichtige Vorstellung hat insbesondere zu der Folgerung geführt, daß wegen der Verweisung des § 326 Abs. 1 Satz 3 auf § 325 Abs. 1 Satz 2 es bei der für theilweise Unmöglichkeit der Leistung geltenden Regel — der andere Theil müsse beweisen, daß die Erfüllung für ihn kein Interesse hat, —

verbleibe, auch wenn theilweise morose Nichtleistung vorliegt, daß also das Fristbestimmungsverfahren bei theilweiser moroser Nichtleistung unzulässig sei: das Gegentheil ist schon nach dem Wortlaut — in § 326 Abs. 1 Satz 3 „entsprechende Anwendung", im § 283 Abs. 2 „auch" — und aus inneren Gründen zutreffend, und der Spezialfall des § 326 Abs. 1 Satz 3 — theilweise Nichtleistung nach Fristbestimmung zur Nachholung der ganzen rückständigen Leistung — ist nur erwähnt, um die naheliegende Folgerung auszuschließen, es dürfe in diesem Falle ohne Weiteres Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangt oder vom Vertrage zurückgetreten werden; diese Folgerung lehnt das Gesetz ab, und es ist auch in diesem Falle der Interessewegfallbeweis zu führen oder nochmalige Fristbestimmung — mit entsprechendem Präjudiz — zu setzen.

g. Wie § 326 Abs. 2 deutlich zeigt, ist das Fristbestimmungsverfahren ein genereller Ersatz des Interessewegfallbeweises, — fruchtloser Fristablauf wirkt wie geführter Beweis, — und der rechtlichen Macht, ein so einschneidendes Präjudiz zu setzen, entspricht, daß die Erklärung des Gläubigers unzweideutig und endgültig sein muß, also nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen und vom Gläubiger nicht dahin umgestoßen werden darf, er rekurrire plötzlich während laufender Frist auf den Interessewegfallbeweis und sehe von jeder Nachholung der Leistung ab.

h. Der Fristbestimmung bedarf es nicht, wenn der Gläubiger schon vor Verzug des Schuldners berechtigt ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten: dies ist der Fall bei vorgängiger endgültiger Erfüllungsverweigerung des Schuldners, vorausgesetzt, daß der Gläubiger daraufhin ebenfalls endgültig das Absehen von späterer Leistung erklärt und der Schuldner trotzdem auf seiner Weigerung beharrt, vgl. **RG.** 7 44; dann brauchte unter der Herrschaft des Art. 356 des alten HGB. eine Nachholungsfrist nicht mehr gewährt, und braucht nunmehr eine Frist nicht mehr bestimmt zu werden.

Die Fristbestimmung ist unzulässig, wenn es sich gar nicht um eine Schuldnerleistung, sondern um eine Gläubigerpflicht handelt: und lediglich eine Gläubigerpflicht ist die durch § 433 Abs. 2 gesetzte Verpflichtung des Käufers, die gekaufte Sache abzunehmen, vgl. die entscheidende Darlegung von Kohler (Zwölf Studien, Gläubigerverzug), welche durch die sich aus dem Gegentheile für das Fristbestimmungsverfahren ergebenden Konsequenzen bestätigt wird.

i. Die richterliche Fristbestimmung nach § 255 Abs. 1 CPO., — welche auch in einer Ergänzung einer vorgängigen privaten Fristbestimmung bestehen kann, — setzt die Frist in Lauf sofort mit der Verkündung des Urtheils, nicht erst mit der Rechtskraft: unmöglich kann der Richter eine angemessene Frist von Rechtskraft des Urtheils an bestimmen, da ihm unbekannt ist, ob und wann sein Urtheil die Rechtskraft beschreiten wird; anders liegen die Fälle des § 255 Abs. 2 CPO., in welchen das fristbestimmende Urtheil allerdings ein rechtskräftiges ist.

2. v. Müller, Fristbestimmungen, (Göttingen 1902): Unter den einseitig gesetzten Parteifristen des Gesetzbuchs sind wesentlich verschieden: solche, die ein bereits bestehendes, unbefristetes Recht zu einem befristeten machen (Beisp. § 326), und solche, die ein Recht befristen, das erst mit der Fristbestimmung zugleich gewährt wird (§§ 148, 415 Abs. 2).

Die Fristbestimmung nach § 326 darf — namentlich mit Rücksicht auf den Handelsverkehr — nicht bedingt sein, darf aber mit der Erklärung verbunden werden, die den Verzug des Gegners bewirkt; Ausdruck und Absicht des Gesetzes fordern eine ausdrückliche Setzung, und zwar einer bestimmten Frist. Immerhin genügt es, die Worte „eine angemessene Frist" zu gebrauchen. Vorgängige

Leistungsweigerung des Gegners entbindet nur dann von der Fristbestimmung, wenn die nachträgliche Erfüllung gegen § 242 verstößt: so regelmäßig im Handelsverkehr. Eine unangemessen kurze Fristbestimmung ist unwirksam.

Wenn im Falle des § 415 beide Berechtigten Fristen setzen, so beschränkt sich die Möglichkeit der Genehmigung auf die zuerst ablaufende Frist.

Theilweise Nichtleistung des Gegners vor Ablauf der Frist gewährt nicht das Recht nochmaliger Fristbestimmung.

3. Paech, Leistungsverzug 151 ff. führt aus, daß die Vorschriften des § 326 nicht für alle aus einem Bilateralkontrakt sich ergebenden oder möglicherweise sich ergeben könnenden Verpflichtungen Platz greifen, sondern nur auf solche, welche sich als ein Ausfluß des Synallagma darstellen. Welche dies sind, kann mitunter nur an der Hand des Einzelfalls festgestellt werden. Die Fristbestimmung ist weniger ein formales Erforderniß der Rechtsausübung des Gläubigers als vielmehr ein materielles, materiell in dem Sinne, daß es vor Allem darauf ankommt, daß dem Schuldner seit der Ablehnungserklärung die Frist in angemessener Länge belassen worden ist. Daraus ergiebt sich, daß bei zu knapp bemessener oder übersehener Nachfrist die angemessene Frist in Lauf gesetzt wird, so daß deren Folgen eintreten, sofern die Passivität des Schuldners anhielte und daß die Erfüllungsweigerung des Schuldners die Fristsetzung überflüssig macht.

4. Eccius, Gruchots Beitr. **41** 885: Das Recht, Vertragserfüllung zu fordern, darauf zu klagen, die Zwangsvollstreckung mit allen Mitteln zu betreiben und im Falle der Nichtbeitreibbarkeit der Leistung das Interesse zu beanspruchen, wird durch § 326 in keiner Weise berührt; daneben ist Vorgehen gemäß § 326 dem Berechtigten zur Wahl gestellt.

5. Staub, Guttentagsche Festschrift für den 26. deutschen Juristentag 44 ff. will in analoger Anwendung des § 326 ein Wahlrecht auch dann gewähren, wenn eine Vertragspflicht durch positives Thun verletzt wird, jedoch nur bei solchen Pflichtverletzungen, durch welche wesentliche Vertragspflichten verletzt werden. „Wer positive Rechtsverletzungsakte vornimmt, welche die Erreichung des Vertragszweckes gefährden, muß sich gefallen lassen, daß die Rechtsfolgen dieser Pflichtverletzungen ebenso beurtheilt werden, wie die Pflichtverletzungen desjenigen, der durch sein negatives Verhalten, durch schuldhafte Verzögerung der geschuldeten Leistung die Erreichung der Vertragszwecke gefährdet“ (49). Doch ist nur eine „entsprechende Anwendung“ möglich (50 ff.). Die Fristsetzung nach Eintritt des Verzugs stimmt hier nicht mit der Natur der Sache und fällt fort. Damit sei dem Verkehr gedient, insbesondere auch beim sukzessiven Lieferungsgeschäft ein dringendes Verkehrsbedürfniß befriedigt (51—53), wo das Verhältniß des Prinzips zum § 469 erörtert wird.

Im Falle theilweiser Vertragsverletzungen — wenn der eine Theil zunächst vertragsmäßig erfüllt, späterhin aber den Vertrag durch rechtswidrige positive Handlungen verletzt, — greifen analog der § 326 Abs. 1 Satz 3 bezw. § 325 Abs. 1 Satz 2 Platz, d. h. das Recht zum Rücktritt oder zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung bezieht sich regelmäßig nur auf den noch nicht erfüllten Theil des Vertrags. Ausnahmsweise aber, wenn die bisherige Erfüllung allein kein Interesse für den vertragstreuen Theil hat, kann er jene Rechte auf den ganzen Vertrag erstrecken.

53 ff. nimmt er Stellung zu dem Urtheile des **RG.** DJZ. **02** 118. Vgl. auch die oben zu § 276 Ziff. 3 cit. Aufsätze.

6a. Erler, R. **01** 421 ff.: Auch bei vorzeitiger Erfüllungsweigerung des anderen Theiles muß zur Begründung des Wahlrechts zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt eine Frist gemäß § 326 bestimmt werden. Die Fristbestimmung ist weniger das Mittel, den säumigen Schuldner nochmals

zu warnen oder umzustimmen, sondern das Mittel, den dem Schadensanspruche wegen Nichterfüllung im Wege stehenden Erfüllungsanspruch des Gläubigers hinwegzuräumen.

Riedner, DJZ. 01 443: Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung entsteht nicht erst mit dem Ablaufe der Präklusivfrist, ist vielmehr durch dieselbe lediglich zu dem Zwecke, um den Säumigen vor Ueberraschung zu schützen, gesetzlich bedingt; trotz des abweichenden Wortlauts stimmt § 326 mit Art. 356 HGB. sachlich überein; bei vorzeitiger Erfüllungsweigerung des anderen Theiles bedarf es demnach der Fristbestimmung nicht mehr (s. auch oben Romeik unter 1 h).

Staub, ebenda 478 f. (gegen Riedner): Die Redaktionskommission hat den sich an Art. 354 ff. HGB. anschließenden Antrag verwerfen wollen und entsprechend dem Willen der Kommission — Prot. I 648 Abs. 3 — dem § 326 die Fassung und den Sinn gegeben, die sich aus den anderen Fristsetzungsbestimmungen des BGB. ergeben; nach Entstehungsgeschichte und Wortlaut des § 326 ist also Fristbestimmung und Androhung für alle Fälle des Verzugs — auch für den Fall vorgängiger Erfüllungsverweigerung — angeordnet, mit alleiniger Ausnahme des Abs. 2 des § 326.

Rehbein II 198: Erklärt der Schuldner vor Eintritt des Verzugs, er werde jedenfalls nicht erfüllen, so erspart diese Erklärung dem Gläubiger nach HGB. § 346, BGB. § 242 den Nachweis des Verzugs, aber auch nichts weiter. Die Argumentation, daß der Schuldner damit zugleich auf die Fristsetzung verzichte, ist nicht stichhaltig, weil § 326 dem Schuldner, — anders als HGB. alt Art. 356, kein Recht auf Nachgewähr einer Frist giebt, nur den Gläubiger zur Fristsetzung berechtigt, — sie aber auch fordert, wenn der Gläubiger des Nachweises nach § 286 Abs. 2 überhoben sein will. — Die gegentheilige Ansicht streicht die Vorschrift des Gesetzes einfach aus.

Brückmann, DJZ. 02 220, beantwortet die Frage, ob auch bei vorzeitiger Erfüllungsverweigerung die Nachfristsetzung erforderlich ist, mit Staub, Erler u. A. gegen Riedner, Romeick u. A. in bejahendem Sinne. Zu den bereits von anderen hervorgehobenen Gründen hebt er die folgenden neuen Gesichtspunkte hervor: a) Eine große Anzahl von Fällen liege keineswegs so kraß, daß der Schuldner bestimmt erklärt, er werde nicht erfüllen, sondern so, daß er theilweise in den Verzug geräth, theilweise Nichterfüllung, nicht ganz rechtzeitige theilweise Erfüllung vorher ankündigt und selber um Nachfristsetzung bittet. Ein solcher Schuldner verdiene gewiß alle Wohlthaten des Gesetzes. b) Die praktische Konsequenz der gegentheiligen Auffassung wäre die, daß ein doloser, chikanöser, böswilliger Schuldner besser gestellt wäre als ein anständiger und gewissenhafter. Denn dieser, der seinen Gläubiger nicht in der zwölften Stunde überraschen will und ihm deshalb die Nichtlieferung, sobald er sie voraussieht, ankündigt, gehe der Wohlthat des Gesetzes verlustig, während der gesetzeskundige Schuldner natürlich ruhig den Verzug herannahen lassen werde. c) In einer Reihe von Fällen müsse man selbst vom Standpunkte der Gegner zur Bejahung der Nachfristsetzung gelangen: es komme häufig vor, daß der Gläubiger im Falle vorzeitiger Erfüllungsweigerung des Schuldners diesem eine Nachfrist setzt, die aber nicht „angemessen“ sei. Thue er dies, so habe er sich jedenfalls seines eventuellen Rechtes auf Schadensersatz ohne Nachfristsetzung begeben; er müsse sich völlig auf den Boden des § 326 stellen und dann auch eine „angemessene“ Frist setzen.

Rosenberg, der eine eingehende Zusammenstellung der Litteratur giebt, vertritt in PosMschr. 02 37 ff. die Ansicht, daß, wenn der Schuldner vor oder nach der Fälligkeit sich bestimmt weigert zu erfüllen, der Gläubiger von der Fristbestimmung nicht befreit wird, daß aber der Schuldner durch jene Erklärung

gleichsam in Verzug kommt (JW. 02 28 Nr. 23) und somit der Gläubiger in der Lage ist, sofort nach jener Erklärung die Frist zu setzen.

Mit Dernburg nimmt er an, daß der Gläubiger sofort beim Eintreffen der Erklärung die Nachfrist setzen kann, daß sich jedoch ihre Angemessenheit erst vom Eintritte des Verzugs ab beurtheile.

b) Für die Nothwendigkeit der Fristbestimmung bei vorgängiger Erfüllungsverweigerung: OLG. 3 9 (Posen), 4 14 (Breslau), LG. Magdeburg, R. 01 538, OLG. München, R. 02 433, LG. Berlin (s. Brückmann DJZ. 7 220 a. E.).

Gegen solche Nothwendigkeit: OLG. 4 16, KGBl. 02 2 (KG.), Seuff. A. 57 98; OLG. Stettin, R. 5 589; OLG. Dresden, SächsA. 11 741; OLG. Darmst., HessRspr. 02 177; OLG. Hamb., Seuff. A. 57 442; OLG. Königsb., Seuff. A. 57 391; LG. Chemnitz, Sächs. A. 12 506.

c) RG. DJZ. 7 68, JW. 02 28 (vgl. RG. JW. 02 Beil. 246 und 263, insbes. RG. 52 152): Giebt ein Kaufmann schon vor Eintritt der Fälligkeit die bestimmte Erklärung ab, nicht erfüllen zu wollen, so gilt auch jetzt — HGB. § 346 (alt Art. 279), — daß er sich dadurch selbst in Verzug setzt und den Gläubiger jeder weiteren hierauf abzielenden Thätigkeit überhebt; — Staub bemerkt dazu DJZ. 7 67 f.: es könne dies als das letzte Wort des Reichsgerichts in dieser wichtigen Sache nicht angesehen werden, denn die Begründung reiche nicht aus, — während Bossen, R. 6 124 bemerkt, es sei im kaufmännischen Verkehre thatsächlich in zahllosen Fällen absolut nicht angängig, bei Leistungsverzug dem Gegenkontrahenten zunächst noch eine angemessene Frist zur Leistung zu bestimmen, — und Simonson, DJZ. 7 121 ausführt, dieses Reichsgerichtsurtheil betreffe nur eine Vertragsstrafe, — deren Verwirkung durch die einfache Thatsache des Verzugs gegeben sei, — nicht aber einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, besage also nichts darüber, ob für die Geltendmachung dieses Anspruchs die Voraussetzungen der Fristbestimmung und Androhung durch die im Voraus erklärte Weigerung des Schuldners ausgeschaltet sein sollen.

d) RG. 51 350: Der § 326 ist kein zwingendes Gesetz; seine Erfordernisse können durch übereinstimmende Willensbethätigung der Vertragsparteien außer Wirksamkeit gesetzt werden. Der Beklagte hat immer bestritten, daß das streitige Kaufgeschäft für ihn bindend abgeschlossen sei, und deshalb die Vertragserfüllung **entschieden verweigert**. Durch seine Weigerung hat er deutlich zu erkennen gegeben, daß er weder eine Frist zur Erfüllung begehre, noch von einer ihm gesetzten Frist Gebrauch machen werde; er will nicht erfüllen. Daher enthält seine Weigerung einen **Verzicht** auf das Erforderniß der Fristbestimmung; letztere würde unter diesen Umständen zwecklos und überflüssig sein, und es kann nicht angenommen werden, daß im Rechtsverkehre zwecklose und überflüssige Handlungen gewollt sind.

Ebenso RG. 52 151 ff.: Hier hatte die Beklagte **während laufender Lieferungszeit** einen — dem Kläger vorher in Aussicht gestellten — **Deckungskauf** vorgenommen, wozu das RG. bemerkt: „Zwar blieb dem Kläger offen, durch Erfüllung während der noch laufenden Lieferungszeit den Schadensersatz wegen Nichterfüllung abzuwenden, und es wäre für diesen Fall der Deckungskauf auf Gefahr der Beklagten gegangen und für den Kläger an sich ohne Bedeutung gewesen“. . . . . .

Uebereinstimmend bezüglich der vorgängigen Erfüllungsweigerung RG. JW. 03 Beil. 23, 43.

Vgl. DJZ. 8 49 (Hangen), 73 (Staub: gegen den Gesichtspunkt des Verzichts), 115 (Lehmann), 118 (Staub: für die **Gebundenheit** des die Erfüllung Verweigernden in dem Sinne, daß der vertragstreue Theil auf Gefahr

des Vertragsbrüchigen einen Deckungskauf vornehmen, überhaupt seine Maßnahmen treffen darf), 161 (Endemann); vgl. Romeick, Fristbestimmung 96.

OLG. 6 45, Seuff. A. 57 443 (Hamburg): Der Gläubiger, welcher vor Eintritt des Verzugs dem Schuldner eine Nachfrist aus § 326 setzt und sein Wahlrecht ausübt, ist hieran zu Gunsten des Schuldners gebunden.

7. a) RG. 50 210: Die verschiedenen Entscheidungen des RG., wonach, falls ein Vertragstheil die bestimmte Erklärung, nicht erfüllen zu wollen, abgiebt, es einer weiteren Mahnung (Sommation) nicht bedürfe, um den Eintritt des Verzugs und dessen Folgen zu bewirken, — vgl. JW. 02 28, RG. 4 69, 7 44, — beziehen sich nur auf den Schuldnerverzug, und der in denselben ausgesprochene Grundsatz kann gegenüber den positiven Bestimmungen der §§ 294, 295 beim Annahmeverzug nicht gelten; vgl. dazu Staub, DJZ. 7 426.

b) Samulon, PosMschr. 5 54 ff.: Leistung im Sinne des § 326 ist auch die Erfüllung der Abnahmepflicht des Käufers nach § 433 Abs. 2, daher stehen die Rechte des § 326 auch dem nichtsäumigen Verkäufer gegenüber dem in Abnahmeverzug befindlichen Käufer zu. — Theilweise Nichtbewirkung liegt nicht nur bei quantitativer, sondern auch bei qualitativer Theilleistung vor. — Die Unanwendbarkeit des Schlußsatzes Abs. 1 § 323 bei theilweiser Nichtabnahme erledigt sich dadurch, daß der mit der Abnahmepflicht im Verzuge befindliche Käufer zugleich im Verzuge mit seinem Abnahmerecht ist, somit Verkäufer bei theilweiser Unmöglichkeit der Abnahme die ihn günstiger als § 323 stellenden Rechte aus der Mora accipiendi hat (§§ 293—304, 383).

Die im § 433 BGB. bestimmte Abnahmepflicht des Käufers ist durchaus nicht, wie Staub zu § 374 HGB. annimmt, nur als nebensächliche gegenüber der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises zu behandeln; auch in Bezug auf sie kann der Käufer in den vom § 326 BGB. vorausgesetzten Leistungsverzug geraten OLG. 4 223 (Hamburg). Ebenso OLG. 6 50 (Marienw.) A. M. OLG. 6 48 (Stuttgart) mit Staubs Begründung.

8. a) Ueber die rechtliche Tragweite der Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nach § 326 Abs. 1 eingehend RG. 50 262 ff. — vgl. auch Seuff. A. 57 305 ff., JW. 02 Beil. 230 — mit sorgfältigen Literaturnachweisen des Einsenders a. a. O. 262 und 263: Es wird der „zweiten" Ansicht (Schöller, Staub, Cosack, Binder, Staffel u. s. w. gegen Adler, Götte, Oertmann, Kleineidam, Titze, Kisch u. s. w.) beigetreten, daß, wenn der in Zahlungsverzug befindliche Käufer innerhalb der nach § 326 Abs. 1 bestimmten Frist nicht erfüllt, und der Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, kraft Gesetzes nach § 326 Abs. 1 Satz 1 an Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Parteien ein Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Ersatz des Schadens dafür tritt, daß der Vertrag, so wie vereinbart, infolge des Verzuges des Käufers nicht zur Erfüllung gelangt. Ebenso OLG. 2 33 und PosMschr. 01 165 (Posen), OLG. 2 217 (Hamburg); 4 17 (Hamburg), 224 (Darmst.), RG. JW. 02 Beil. 251. — Gegen Adler speziell Binder in seinen Beiträgen 02 46.

b) OLG. 4 17 (Hamburg) hebt noch besonders hervor: Wird der Käufer durch die Erklärung des Verkäufers von der Verpflichtung, die Waare abzunehmen und zu bezahlen, kraft Gesetzes frei und tritt an deren Stelle die Verpflichtung zum Schadensersatz, so fällt auch die Verpflichtung des Verkäufers zur Erfüllung des Vertrages durch Lieferung der verkauften Waare, deren Abnahme er vom Käufer nicht mehr fordern kann, fort. Nach der gegentheiligen Ansicht würde der säumige Käufer trotz der Erklärung des Verkäufers, Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern zu wollen, Gläubiger bezüglich der vom Verkäufer nach dem Vertrage geschuldeten Leistung bleiben; denn nur bei einem Gläubiger kann von einem Annahmeverzug die Rede sein. Er würde dann trotz der Erklärung

des Verkäufers die Ausführung des Vertrages in der ursprünglich vereinbarten Weise erzwingen können, während dem nicht säumigen Verkäufer dieses Recht infolge seiner Erklärung verloren gegangen wäre. Diese Ansicht wäre nur dann nicht abzuweisen, wenn der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des § 326 aufgefaßt werden müßte als ein Anspruch auf Erfüllung, bei welcher der säumige Theil einen Geldbetrag als Surrogat der geschuldeten Leistung zu gewähren hätte. Sie verliert aber bei der Schöller-Staubschen Auffassung ihre Berechtigung. — Weiter wird ausgeführt, daß dem Ausdruck „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" im § 326 dieselbe Bedeutung wie im § 325 zu Grunde liegt. Auch die „nicht ordnungsgemäße Erfüllung" ist „Nichterfüllung"; doch besteht zwischen beiden Fällen in den rechtlichen Beziehungen doch ein erheblicher Unterschied, (vgl. insbes. § 463 BGB.).

9. RG. DJZ. 7 273: Zwar soll die nach § 284 nöthige Mahnung nach Eintritt der Fälligkeit erfolgen, darf jedoch mit der die Fälligkeit begründenden Handlung verbunden werden und braucht keine ausdrückliche zu sein; ebenfalls ist zulässig, mit ihr die Fristsetzung und Androhung aus § 326 Abs. 1 zu verbinden.

OLG. Stuttg., DJZ. 6 392 u. R. 5 561: § 326 erfordert die ausdrückliche Setzung einer Nachfrist, eine bloß thatsächliche Gewährung derselben genügt nicht; ebenso LG. Mosbach, BadRspr. 01 151.

OLG. 2 216 (Hamb.): Wie bei der Berathung des BGB. (Prot. 1299) zum Ausdrucke gelangt ist, kann die Leistung nach fruchtlosem Ablaufe der Frist nur abgelehnt werden, wenn dieser Wille bei der Fristsetzung zum Ausdrucke gebracht ist; ebenso RG. DJZ. 7 464.

OLG. Hamb., Seuff. A. 57 443: Die Fristbestimmung ist keine annahmebedürftige Offerte; sie kann auch vor Eintritt des Verzugs erfolgen, denn § 326 setzt den Eintritt des Verzugs nur als Bedingung der dort getroffenen Maßnahmen, nicht als zeitliche Grenze voraus.

RG. DJZ. 7 452: Wer zurücktritt, kann nicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen; die Erklärung kann jedoch die Deutung zulassen, daß nicht die völlige und vorbehaltlose Aufhebung des ganzen Vertrags (Rücktritt), sondern vielmehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt wird.

Setzt der nichtsäumige dem säumigen Vertragstheil eine Nachfrist, ohne zugleich zu erklären, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme der Leistung ablehne, so findet § 326 Abs. 1 keine Anwendung. Die Setzung der Nachfrist ist dann etwas Ueberflüssiges und hindert den nichtsäumigen Theil nicht, Erfüllung sowie den durch den Verzug erwachsenden Schaden zu begehren. OLG. Karlsruhe, DJZ. 7 364.

Im Falle zum voraus erklärter ernstlicher Weigerung des Verkäufers kann der Käufer sofort seinen Willen erklären, sich, wenn der Verkäufer auf seiner Erfüllungsverweigerung bestehe und danach bei Verfall nicht leiste, auf eine spätere Erfüllung nicht einzulassen, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu begehren. RG. 52 152.

10. OLG. Dresden, SächsA. 11 504: Eine zu kurze Bemessung der Nachfrist ist unschädlich, wenn der Gegenkontrahent auch in angemessener Frist nicht Erfüllung angeboten hat. S. auch oben Romeick unter 1 a. —

11. RG. JW. 02 Beil. 196: Wenn der nicht säumige Theil ohne vorherige Fristbestimmung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, bleibt sein Recht auf Erfüllung, das nur bei der Fristsetzung ausgeschlossen wird, bestehen; dagegen endgültiger Verlust des Anspruchs auf Erfüllung durch fruchtlosen Fristablauf RG. 52 94.

Zu einer Fristbewilligung ist nicht verpflichtet, wer eine Leistung, die nicht mehr Vertragserfüllung ist, nicht anzunehmen braucht; die Voraussetzung für die

Fristbestimmung bildet die fortbestehende Pflicht der Annahme. **RG.** JW. **02** Beil. 234.

12. OLG. **6** 51 ff., PosMschr. **02** 157 (Marienw.): Auch in den Fällen des § 326 Abs. 2 ist dem säumigen Theile die Möglichkeit der Heilung seines Verzugs (purgatio morae) nicht gegeben; die Rücktrittserklärung ist vielmehr auch dann wirksam, wenn sie nach dem thatsächlichen Angebote der Leistung erfolgt.

13. **RG.** **50** 138, Seuff. A. **57** 352; JW. **02** Beil. 195: Die theilweise Nichtleistung muß nicht in die Frist fallen; vielmehr wird nur erfordert, daß die Leistung bis zum Ablaufe der Frist theilweise nicht bewirkt ist. Voraussetzungen sind, daß der Verkäufer an der theilweisen Erfüllung kein Interesse (§ 325) und daß er den Rücktritt gegenüber dem Käufer erklärt hat. Erstere Voraussetzung ist nicht dahin zu verstehen, daß der Nichtsäumige an der Theilleistung kein Interesse hat, denn ein solches ist in der Regel an jeder Vermögensleistung anzunehmen; sondern dahin, daß er kein Interesse an der theilweisen beiderseitigen Erfüllung hat, und dies trifft zu, wenn es sich um einen untrennbaren Vertrag über einen untheilbaren Gegenstand handelt (vgl. Schultzenstein, DJZ. **7** 519). Die in der Replik erfolgte Rücktrittserklärung ist gültig, selbst wenn sie dem beklagten Käufer nicht selbst zugestellt und nicht in seiner Gegenwart vorgetragen ist; denn der Beklagte war durch einen Rechtsanwalt vertreten und letzterer ist nach feststehender Rechtsprechung zur Entgegennahme solcher empfangsbedürftigen Erklärungen gemäß § 81 CPO. bevollmächtigt.

14. OLG. **4** 19 (KG.; — vgl. auch LG. Berlin, R. **6** 207): Aus dem Umstande, daß die Waare im Preise gesunken ist, folgt noch nicht, daß die Erfüllung des Vertrags für den Gläubiger kein Interesse mehr habe, zumal der säumige Theil diesen Schaden zu ersetzen hat.

OLG. Celle, Seuff. A. **56** 444: Wenn der Käufer sich die Sache, die der Verkäufer nicht rechtzeitig liefert, anderweit anschafft, so hat er zwar an der verspäteten Lieferung kein Interesse mehr. Aber dies ist nicht die Folge des Verzugs des Gegners.

OLG. Dresden, Sächs. Ann. **24** 121: Hat der Besteller einer Waare an deren umgehender Lieferung ein offensichtliches Interesse, so kann er ohne Mahnung und Fristsetzung vom Vertrage zurücktreten, wenn der Verkäufer selbst verschuldet hat, daß der Besteller von diesen Rechtsbehelfen keinen Gebrauch machen konnte.

15. **RG.** JW. **03** Beil. Nr. 8: Wenn auch die Lieferung werthloser Waare der Nichterfüllung gleichsteht, so konnte doch ohne Weiteres, insbesondere ohne Mahnung, Verzug nicht eintreten und demgemäß Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf Grund des § 326 nicht verlangt werden.

OLG. Breslau, R. **6** 587: Der Eintritt des Verzugs ist unerläßliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 326, ebenso **RG.** DJZ. **7** 393.

16. Einzelne Fälle:

Die Rücktrittserklärung wie deren Ankündigung sind einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte. Wenn sich der Erklärende, der an der Feststellung der Eröffnung seiner Aufforderung an die Gegner ein Interesse hat, der Mitwirkung eines Gerichtsvollziehers gemäß § 132 BGB. bedient, so kann er von dem Schuldner deswegen Kostenersatz verlangen. OLG. **2** 438 (Karlsr.).

Der § 326 findet auch bei Successivgeschäften Anwendung. OLG. **2** 439 (Kiel), **4** 224 (Dresden); doch ist keine besondere Nachfristsetzung für jede Theilleistung erforderlich, es genügt die einheitliche Fristsetzung für mehrere bereits fällige Raten. OLG. **6** 50 (Marienw.).

Ueber die Frage, ob das Fehlen eines zugesicherten Parquetbodens berechtigt, ohne Fristsetzung vom Miethsvertrag zurückzutreten und die Anwendung

der §§ 326 Satz 2, 325 Satz 2 auf diesen Thatbestand OLG. 2 480 (Karlsr.), SächsA. 12 366, Puchelts Z. 32 416.

Der Verkäufer ist im Gegensatz zum früheren Recht auf Selbsthilfeverkauf beim Zahlungsverzuge des Käufers nicht beschränkt; er kann jede Art der Schadensberechnung, wie sie sich aus der Sachlage ergiebt, geltend machen, insbesondere auch den abstrakten Schaden, den Unterschied zwischen Selbstkosten- und Vorzugspreis. OLG. 4 224 (Darmstadt). Betr. den abstrakten Schaden vgl. auch die Nachweise in OLG. 4 16 (Hamburg).

Auch wenn der Verkäufer bereits eine Anzahlung auf den Kaufpreis erhalten hat, kann er nach § 326 Satz 3 vom ganzen Vertrage zurücktreten, wenn der Käufer mit einem weiteren Kaufpreistheile in Verzug gerät und die ihm gesetzte Nachfrist nutzlos verstreichen läßt. OLG. 3 204 (Kiel).

Ist im Vertrage „Netto-Kasse Erfüllungsort für die Zahlung Hamburg" vereinbart, so fallen Abnahme- und Zahlungsverzug völlig zusammen; jede Abnahmeweigerung ist gleichzeitig Zahlungsweigerung, Nichterfüllung der Hauptleistung, die dem Verkäufer die Rechte des § 326 giebt. OLG. 4 13 (Hamburg).

Wenn auch § 326 in erster Linie den Fall im Auge hat, daß die zu bewirkende Leistung sich als eine fest bestimmte darstellt, so wird dadurch doch nicht seine Anwendbarkeit auf Fälle ausgeschlossen, in denen der Leistungspflicht zwar eine gewisse Unbestimmtheit anhaftet, es aber lediglich von dem Willen des Schuldners abhängt, durch eine seinerseits vorzunehmende Handlung oder abzugebende Erklärung die Leistung zu einer bestimmten zu machen. Wie § 326 unzweifelhaft bei wahlweisen Schuldverhältnissen (§§ 262 ff.) Platz greift, obgleich hier der Leistungsinhalt ebenfalls erst nachträglich — durch die Ausübung des Wahlrechts von seiten des Schuldners — Bestimmtheit erlangt, so muß ein Gleiches auch dann gelten, wenn der Schuldner die an sich ziffernmäßig bestimmte Leistung um den Betrag ihm zustehender Gegenforderungen kürzen darf. **RG. 49** 39, **JW. 01** 647, Beil. 144.

RG. JW. **03** Beil. 33: Das Gesetz hat in Rücksicht auf den Annahmeverzug des Bestellers bei nicht vollendetem Werke in den §§ 642, 643 und 645 besondere Bestimmungen getroffen und damit gezeigt, daß für diesen Fall die Anwendung des § 326 ausgeschlossen sein soll. Eine aus § 326 hergeleitete Schadensersatzforderung hat zur Voraussetzung, daß es sich um ein fertig gestelltes Werk handelt.

17. **RG.** DJZ. 8 81: Aus einem vor dem 1. 1. 00 abgeschlossenen Kaufvertrage war der Schuldner nach dem 1. 1. 00 in Verzug gerathen. Das Rücktrittsrecht des Gläubigers ist nach neuem Rechte (§ 326) zu beurtheilen. Denn es handelt sich um den Umfang des Rechtsgeschäfts bezüglich des Gegenstandes der Erfüllung. Das Rücktrittsrecht wegen Leistungsverzugs ist als innere Entwickelung des Schuldverhältnisses aufzufassen.

Uebereinstimmend OLG. 6 45 (Hamb.): § 326 führt ein der Beendigung solcher Schuldverhältnisse, die in Folge Verzugs dem nicht säumigen Theile lästig geworden sind, dienendes Verfahren ein. Dieser vom BGB. eingeführte Aufhebungsgrund umfaßt daher alle unter dessen Herrschaft bei gegenseitigen Verträgen bestehenden Verzugszustände.

§ 327. Kisch, Anm. 146, s. unter § 347.

RG. 52 317, JW. 02 Beil. 572: Durch die Verweisung auf § 327 in § 636 Abs. 1 wird zur Gewißheit, daß im § 634 Abs. 1 u. 2 — wie Wortlaut und Fassung bestätigen — nur das Recht des Bestellers, im Falle des Vorhandenseins eines besonderen Interesses ohne vorherige Fristbestimmung vom Vertrage zurückzutreten, nicht auch die Verpflichtung desselben, das Rücktrittsrecht sofort geltend zu machen, festgestellt werden sollte und festgestellt

worden ist. Hiernach hat der Werkunternehmer nur das im § 355 zugelassene Recht der Fristbestimmung als Mittel, sich gegen unzeitigen Rücktritt des Bestellers zu sichern.

RG. 49 38 ff., JW. **01** Beil. 144. Die Wirksamkeit eines nach §§ 327, 349 erklärten Rücktritts ist davon abhängig, daß der Zurücktretende zugleich die Rückgabe des auf Grund des Vertrages Empfangenen dem anderen Theile in der durch § 294 bestimmten Weise anbietet. Denn nach §§ 327, 349 vollzieht sich der Rücktritt, seine materielle Rechtmäßigkeit vorausgesetzt, formell schon durch die bloße dem anderen Vertragstheil gegenüber abgegebene Willenserklärung des Zurücktretenden. Erst, nachdem dies geschehen, kommt in Frage, welche Leistungsverbindlichkeiten sich aus der wirksam gewordenen Rücktrittserklärung für beide Vertragstheile ergeben, und diese sind alsdann nach § 348 Zug um Zug zu erfüllen.

Dritter Titel.

Versprechen der Leistung an einen Dritten.

§ 328. 1. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, (1899), § 7 unterscheidet zwischen ermächtigenden und berechtigenden Verträgen auf Leistung an Dritte. Gemeinsam ist beiden Fällen, daß der Versprechensempfänger bezweckt, dem Dritten eine indirekte Vermögenszuwendung zu machen. Die Verabredung, daß an den Dritten geleistet werden soll, kann nachträglich in Beziehung auf ein in gewöhnlicher Weise bestehendes Schuldverhältniß getroffen werden, oder gleichzeitig mit dessen Erzeugung; sie ist ein dem Hauptvertrage hinzugefügter Nebenvertrag. Der Vertrag ist deshalb nur gültig, wenn ein nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilendes Kausalverhältniß zwischen den Parteien besteht (42 ff.), wenn der Versprechensempfänger veräußerungsfähig ist (61 ff.) und wenn das Forderungsrecht auf die Leistung übertragbar ist (66). Ueber die Form der Verträge vgl. 67 ff.

Ist nur der Versprechensempfänger, nicht der Dritte berechtigt, so ist dieser nur Bevollmächtigter des Ersteren (solutionis causa adjectus). Ueber diese Vertragsform, insbesondere über das Verhältniß zu der Zahlungsanweisung, über die Rechte des Versprechensempfängers (namentlich bezüglich des Schadens des Dritten), über den Umfang der Vollmacht des Dritten, über die Gründe und die Wirkung ihres Erlöschens 72 ff.

Bei den berechtigenden Verträgen auf Leistung an Dritte wird durch die Vereinbarung der beiden Kontrahenten dem Dritten ein Recht auf die Leistung „verliehen", die Empfangsermächtigung also zu einer Empfangsberechtigung verstärkt. Ueber die Natur dieses, dem Dritten gegenüber einseitigen, aus der Vereinbarung der Kontrahenten bestehenden Verleihungsakts im § 40, über den Unterschied von dem Zessionsakt im § 50, über den Zeitpunkt der Berechtigung des Dritten 208 ff.

Hellwig, Rechtskraft 280 ff.: Der Dritte erwirbt das Recht durch abgeleiteten Erwerb, er erwirbt ein Recht zwar nicht von dem Versprechensempfänger, aber doch durch dessen Verfügung, also nur dann, wenn dieser das Recht hatte, wenn dieser die Geschäftsfähigkeit und die Verfügungsmacht hatte und wenn die gehörige Form der Verfügung beobachtet wurde.

Daher erstreckt sich die Rechtskraft aus dem Prozesse des Vormanns auf den Nachmann, aber nur, wenn die Rechtsnachfolge des Dritten nach der Rechtshängigkeit des Autorprozesses stattgefunden hat (CPO. § 325 I). Da die Erstreckung nur insoweit eintreten kann, als der Dritte seine Rechtsstellung von der Prozeßpartei ableitet, so wirkt das Urtheil nur insofern, als über die Gültigkeit des Vertrags und den Inhalt der aus ihm entspringenden Leistungspflicht ent-

schieden ist. Ist durch Erledigung des Prozesses das Bezugsrecht dem Dritten verliehen, so tritt Rechtskrafterstreckung ein.

Hat der Dritte mit dem Schuldner prozessirt, so hat die Prozeßführung auf das nach § 335 BGB. bestehende Recht des Versprechensempfängers keinen Einfluß. Die Rechtshängigkeit der Klage des Dritten schließt die Klageerhebung des Versprechensempfängers nicht aus; ebensowenig findet eine Rechtskrafterstreckung statt. Klagt der Versprechensempfänger auf Leistung an ihn selbst, so steht seiner Klage ein den Dritten abweisendes Urtheil nicht entgegen, wenn er noch Kontreordre ertheilen kann. Hat der Dritte ein unwiderrufliches Recht, so erstreckt sich die Rechtskraft auf den Versprechensempfänger.

2. H. Stahl, Die Verträge zu Gunsten Dritter nach dem BGB.: Die Leistung des Versprechenden an den Dritten ist eine abstrakte, insoweit zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger, zwischen diesem und dem Dritten Kausalbeziehungen bestehen. Soweit diese fehlen, ist dagegen die Leistung eine kausale. Zur Gültigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter ist das Bestehen der erwähnten Kausalbeziehungen nicht erforderlich, vorausgesetzt nur, daß der Versprechensempfänger ein berechtigtes Affektionsinteresse an der Leistung an den Dritten hat. Daher ist z. B. ein Vertrag, durch den Jemand aus Gefälligkeit einem Anderen eine Leistung an eine Wohlthätigkeitsanstalt verspricht, durchaus gültig, 13 f., 26 f.

Die Verträge z. G. D. sind als solche nicht an eine besondere Form gebunden. Für die Frage, ob im Einzelfalle eine Form erfordert sei, ist ausschließlich das Verhältniß zwischen Versprechensempfänger und Versprechendem entscheidend, 12 f.

Ueber das Verhältniß der Verträge z. G. D. zur Vertretung, Anweisung und Schuldübernahme vgl. 53 ff., 41.

Wo nach dem Willen der Vertragschließenden für den Dritten sofort ein Recht entstehen soll, entsteht dieses sofort mit dem Vertragsabschluß, ohne daß eine Mittheilung seitens der Vertragschließenden und eine Kenntnißnahme seitens des Dritten von der Rechtszuwendung erforderlich sind. Ist dem Dritten das Recht unter einer aufschiebenden Bedingung oder einem Anfangstermine zugewandt, so gelangt das Recht erst mit dem Eintritte der Bedingung oder dem Ablaufe der Frist zur Entstehung. Bis dahin besteht für den Dritten nur eine Aussicht auf den Erwerb des Rechtes, 42 f.

Das Recht der Aufhebung und Aenderung ist unvererblich bei den Verträgen z. G. D., welche dadurch, daß sie die zu bewirkende Leistung an den Tod eines Vertragschließenden knüpfen, in Beziehung zu diesem die Natur vertragsmäßiger letztwilliger Verfügungen annehmen, z. B. Lebensversicherungen z. G. D., Einkauf der Ehefrau in eine Wittwenkasse, die bei Gutsübernahmen und Erbverträgen z. G. D. getroffenen Verfügungen, 52.

3. Kisch, Unm.: Wenn bei einem Vertrage zu Gunsten eines Dritten dieser seine zur Erfüllung nothwendige Mitwirkung versagt, so kann dadurch eine den allgemeinen Grundsätzen unterliegende Unmöglichkeit der Erfüllung für den Schuldner entstehen (253 f.). Macht der Dritte die Leistung unmöglich, so treten im Verhältnisse der Vertragschließenden zu einander nicht ausnahmslos die Grundsätze von der zufälligen Unmöglichkeit ein (258 f.). Macht der Versprechende die Leistung schuldhaft unmöglich, so kann der Versprechensempfänger die Befugnisse des § 325 BGB. nur unter Wahrung der dem Dritten aus dem Vertrag erwachsenen Rechte geltend machen (259 f.). Wird die Unmöglichkeit von dem Versprechensempfänger verschuldet, so ist der Rücktritt des Versprechenden dem Vertragsgegner, nicht dem Dritten zu erklären (262).

4. Einzelne Fälle:

Für den Thatbestand des § 313 ist es unerheblich, ob zunächst nur der andere Theil oder gemäß § 328 auch der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Erfüllung des Vertrags zu fordern. **RG.** JW. **02** Beil. 192.

Ueber die Frage, ob dem Adressaten eines Geldbriefs ein selbständiger Anspruch gegen die Post auf Aushändigung dieses Geldbriefs nach dessen Ankunft am Bestimmungsort zusteht, s. für das frühere Recht **RG. 43** 98 und Seuff. A. **57** 270, wo die Frage verneint wird. Das Sonderrecht des Empfängers aus Art. 405 HGB. (alte Fassung) sei durch die Postgesetze v. 28. 10. 71 u. 11. 6. 92, und zwar durch § 6 des Postgesetzes und § 35 der Postordnung, beseitigt. Für das neue Recht ist der gleichen Ansicht Schlegelberger, DJZ. **01** 69. Die Frage sei nunmehr — mit Rücksicht auf § 452 HGB. — nach bürgerlichem Recht zu beantworten; die Entscheidung des Reichsgerichts sei auch für dieses zutreffend. Gegen Hellwig, Verträge 520 ff., der a. A. ist, warnt er davor, zu viel Gewicht auf den Zweck des Vertrags zu legen.

RG. JW. **01** 207: Ein zu Gunsten eines Dritten vereinbartes Recht kann mit der Beschränkung begründet werden, daß Streitigkeiten, die künftig aus diesem Rechte erwachsen sollten, von einem Schiedsrichter entschieden werden sollen.

OLG. 2 474 (KG.): Wenn eine Gemeinde mit einem Unternehmer einen Vertrag auf Beschaffung von Wasser für die Gemeinde und deren Mitglieder abschließt, so können doch die Mitglieder gegen den Unternehmer auf Wasserlieferung nicht klagen. Bei der Berathung des § 328 in der II. Kommission war mit Rücksicht auf solche Fälle beantragt worden, zu bestimmen, daß die unmittelbare Berechtigung des Dritten im Zweifel als gewollt anzunehmen sei, wenn der Promissar durch die Vereinbarung eine Fürsorge für den Dritten bezwecke. Dies wurde aber abgelehnt, weil aus solcher Fürsorge die Absicht auf Begründung eines Rechtes keineswegs stets folge.

§ 329. Danz, Auslegung 194: Einlage in ein auf fremden Namen gestelltes Sparkassenbuch ist, wenn der Einleger das Buch in Besitz behält, kein Versprechen der Leistung an einen Dritten.

Binder, Korrealobligationen 557, 475: Wenn der Dritte die Schuldübernahme durch einen Vertrag zu Gunsten des Gläubigers bewirkt, so wird keine Aktivsolidarität begründet. Abw. Hellwig, Verträge 310 f.; zustimmend Schollmeyer, Komm. Bem. 1 zu § 335 BGB.

§ 330. 1. a) Ehrenberg, Iherings J. **00** 355 ff. legt die wirthschaftlichen Gesichtspunkte des Problems der Lebensversicherung und die sozialpolitischen Zwecke der Betheiligten eingehend dar und führt aus, daß das geltende Recht durchaus auf dem Boden der subjektiven Theorie steht, nach der es keine objektive Entscheidung über die Frage, ob der Versicherungsanspruch zum Vermögen bezw. zum Nachlaß des Versicherten gehört oder nicht. (401 ff. knüpft er eine „Kritik und Reformvorschläge“ an den heutigen Zustand.)

361 ff. erörtert er das Prinzip, von welchem das BGB. ausgeht. In jedem einzelnen Falle hängt die Entscheidung davon ab, ob der Versicherungsvertrag als ein Vertrag zu Gunsten Dritter geschlossen ist. Andernfalls gehört der Anspruch ausschließlich zum Vermögen und zum Nachlaß des Versicherten. Es muß, soll ein Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegen, a) die Leistung an einen Dritten bedungen werden, b) der Wille der Parteien darauf gehen, dem Dritten unmittelbar das Recht auf diese Leistung zu verschaffen. Zu a) muß sich die Vereinbarung auf die Persönlichkeit des Dritten richten; einseitige Bezeichnung durch den Versicherten genügt nicht, auch nicht eine Vereinbarung zwischen ihm und dem Dritten. Nur wenn schon im Vertrage dem Versicherten die Befugniß

eingeräumt ist, einen Begünstigten zu nennen, genügt die einseitige Bezeichnung. Der § 332 steht nicht etwa entgegen; er hat einen ganz anderen Zweck; ferner handelt es sich um allgemeine Grundsätze des Obligationenrechts. Es muß ferner der Dritte auch genügend gekennzeichnet sein, bestimmt oder bestimmbar. Einige Bestimmungen, wie z. B. „meine Erben", haben Bedenken, weil manchesmal die Summe schon bei Lebzeiten fällig wird. (Näheres 365 ff.). Die gegentheilige Ansicht, daß bei einem Lebensversicherungsvertrage die Leistung des Versicherers niemals dem Versicherten selber zu Gute komme, da sie erst nach seinem Tode fällig werde, deshalb die Leistung immer an einen Dritten bedungen sei, ist, selbst abgesehen von dem obigen Fall der Fälligkeit bei Lebzeiten, falsch, weil nach dem BGB. der Dritte neben dem Versprechensempfänger oder an Stelle desselben die Stellung eines wirklichen **Gläubigers** soll einnehmen können und dies nicht möglich ist, ohne daß seine Person als bestimmte oder wenigstens bestimmbare von den Parteien vereinbart ist. — Zu b) hat das BGB. im § 330 eine Auslegungsregel aufgestellt. (S. unten zu § 330.)

Die Eigenschaft des Vertrages als eines Vertrages zu Gunsten Dritter ist insofern keine unabänderliche, als, solange der Dritte noch kein Recht erworben hat, der Vertrag in einen solchen zu Gunsten des Versprechensempfängers verwandelt werden kann; es spricht sogar eine **Vermuthung** dafür, daß der Versicherte einseitig die Existenz des Begünstigten zu beseitigen vermag (369 ff.). S. auch zu § 331. — Hat der Versicherte dagegen den Vertrag nicht zu Gunsten Dritter abgeschlossen, so gehört der Anspruch ausschließlich zu seinem Vermögen und nach seinem Tode zu seinem Nachlasse. (Hierüber s. 371 ff.) —

b) **Ehrenberg** a. a. O. 368, 369. Die Regel findet auch auf die sog. abgekürzte Lebensversicherung, (die nicht nur zur Versorgung der Hinterbliebenen, sondern auch zur Altersversorgung des Versicherten selber dient, die auch gemischte oder alternative Versicherung genannt wird, weil die Versicherungssumme beim Tode, spätestens aber bei Vollendung des in der Polize festgesetzten Lebensjahres zu zahlen ist, a. a. O. 345, 346) und auch auf den Fall Anwendung, daß der Versicherte noch selbst die Fälligkeit der Versicherungssumme erlebt.

2. A. **Stahl**, Die Berechtigung des Dritten bei der Versicherung des eigenen Lebens zu Gunsten eines Dritten (Freiburger Inaug.-Diss.), 49 f.: Der Versicherungsnehmer veräußert nicht das Recht auf die Versicherungssumme an den Dritten; nur die Prämienbeträge scheiden aus seinem Vermögen aus; das Recht auf die Versicherungssumme wird für den Dritten unmittelbar begründet.

OLG. Hamburg, Seuff. A. **55** 30 ff.: Die Versicherungssumme hat niemals zum Vermögen des Versicherungsnehmers gehört; sie konnte auch niemals in sein Vermögen fallen, da dieser Anspruch zuerst bei seinem Tode existent wurde; die Gläubigeranfechtung nach § 3 des AnfechtG. kann höchstens Rückgewähr des Gesammtbetrags der Prämienzahlungen, niemals aber den Betrag der ganzen Versicherungssumme verlangen; vgl. OLG. Stuttgart, DJZ. **7** 439, **RG. 51** 403 und R. **6** 433. Vgl. auch die Ausführungen **Ehrenbergs** a. a. O. § 8.

Nolte, Anspruch des Versicherers auf die Prämienreserve (Erlanger Diss.), begründet den Satz, daß sich aus einem Lebensversicherungsvertrage kein Rechtsanspruch des Versicherten auf die Prämienreserve ergiebt.

RG. 32 162: Bei einer Lebensversicherung zu Gunsten der Erben ist im Zweifel anzunehmen, daß die Versicherungssumme dem Nachlasse zufallen solle. Doch können die Umstände den Anfall an bestimmte Personen ergeben. Vgl. JW. **00** 496.

3. **Rehbein** II 220: „Hinterbliebene" sind nicht Erben, sondern die der Fürsorge beraubten Angehörigen, mögen sie Erben sein oder nicht.

Die in einem Lebensversicherungsvertrag enthaltene Bestimmung „zu Gunsten meiner Hinterbliebenen" ist nicht gleichbedeutend mit einer Versicherung „zu Gunsten der Erben". Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch werden unter den Hinterbliebenen die nächsten Familienangehörigen, die Nachkommen und der überlebende Ehegatte verstanden; die Erben dagegen sind die Personen, auf die durch den Willen des Verstorbenen oder durch das Gesetz das Vermögen des Erblassers als Ganzes übergeht. In dem Sinne, daß unter Hinterbliebenen die nächsten Familienangehörigen, die Wittwe und die ehelichen Nachkommen verstanden werden, wird der Ausdruck auch in einer Reihe von Fürsorge-Gesetzen gebraucht. Die Bezeichnung ist deshalb auch genügend bestimmt. BayrOLG., Seuff. Bl. 66 498.

§ 331. 1. Hellwig, Verträge: Durch diesen Paragraphen werden Verträge auf Leistung an Dritte zum Zwecke unentgeltlicher letztwilliger Zuwendungen anerkannt, wie sie schon im klassischen römischen Rechte in den fideicommissa a debitore relicta bekannt waren (§§ 1—4). Mit dem Vertrage, durch welchen der Versprechende zum Schuldner wird, verbindet sich (sogleich oder nachfolgend) ein Nebenvertrag, welcher sich dem Dritten gegenüber als eine — formlos gültige — Verfügung von Todeswegen darstellt, durch welche dem Bedachten im Augenblicke des Todes des Stipulanten oder später bei Eintritt der gesetzten Bedingung (§ 331 Abs. 2) das Recht auf die Leistung zugewendet wird. Die Theorie für diese eigenartigen, mit den Vermächtnissen vielfach verwandten, namentlich aber durch den direkten (dinglichen) Erwerb des zugewendeten Vortheils von ihnen verschiedenen Verfügungen von Todeswegen in §§ 54 f.; über das Rechtsverhältniß vor dem Tode des Zuwendenden vgl. das. 212 ff., 223 ff., 316, über den Unterschied von der mortis causa donatio und dem Erbvertrage §§ 77, 82 und über die Gläubigeranfechtung 366 ff.

Im Falle des § 331 Abs. 2 sind für die Zeit bis zur Existenz des Dritten §§ 2074 und 2179 analog anzuwenden, §§ 1912, 1913 greifen Platz (214, 218).

2. Ehrenberg a. a. O. 392. Mit dem Tode des Versicherten erhält der Begünstigte, welcher bisher noch kein Recht halte, das Recht; hatte er nur widerrufliches Recht, so wird es nunmehr unwiderruflich.

380 ff. Auch wenn der Begünstigte das Recht erst mit dem Tode des Versicherten erwirbt, erhält er es nicht aus dessen Nachlaß, sondern kraft des Vertrags zu Gunsten Dritter, und dies selbst dann, wenn er erst in einer Verfügung von Todeswegen als Begünstigter bezeichnet ist; er erhält hier sein Recht zwar in einer aber nicht durch eine Verfügung von Todeswegen.

382 ff. Auch der Zeitpunkt, mit welchem der Begünstigte das Recht erwirbt, hängt nach § 328 Abs. 2 ganz vom Parteiwillen ab. Daß er das Recht sofort mit Abschluß des Vertrages oder mit seiner Namhaftmachung erhalten soll, kann vereinbart sein, ist aber die Ausnahme. Es greift die Präsumtion des § 331 Abs. 2 Platz. Diese Regel trifft zwar — was näher ausgeführt wird — ihrem Wortlaut nach nicht die abgekürzte Lebensversicherung, streng genommen möglicherweise auch nicht die gewöhnliche lebenslängliche Versicherung, — allein die wahre Meinung ist doch die, daß bei Lebzeiten des Versicherten der Begünstigte noch gar kein Recht erwerben soll und daß also für ihn jeder Rechtserwerb unterbleibt, wenn die Leistung vor dem Tode des Versicherten zu erfolgen hat; tritt die Fälligkeit dieser Leistung dagegen erst mit diesem Tode ein, so erhält der Begünstigte nunmehr stets das Recht, sowohl bei der lebenslänglichen wie bei der abgekürzten Lebensversicherung. Solange der Dritte ein Recht noch nicht erworben hat, besteht nur eine juristisch ganz wesenlose Anwartschaft. Verfügt der Dritte vor dem Tode des Versicherten über das Recht, z. B. durch Abtretung,

so konvaleszirt sie durch den nachfolgenden Rechtserwerb. (Ueber den Fall, daß der Begünstigte beim Tode des Versicherten noch nicht geboren ist, 383, 392, 395.)

Natürlich kann aber vereinbart sein, daß der Dritte sofort ein Recht, aber ein widerrufliches erhalten soll; dann steht sein Recht unter einer Resolutivbedingung. Auch die Möglichkeit, daß eine „unwiderrufliche Bezeichnung" des Dritten vorliegt, ist vorhanden (384).

Im Allgemeinen wird aber die Sachlage folgende sein: Wenn der Versicherte einem Dritten kein sofortiges Recht gewähren will, so bleibt es bei der Regel des § 331 Abs. 2; soll dagegen ein Dritter, z. B. der Gläubiger des Versicherten, sofort ein Recht erhalten, so wird dies kaum je ein widerrufliches sein sollen, und der Versicherte kann entweder die Bezeichnung des Dritten für unwiderruflich erklären, und dann erhält der Dritte ein sofortiges unwiderrufliches Recht, oder der Versicherte nimmt eine gewöhnliche Versicherung, zedirt aber den eigenen Anspruch durch Uebergabe der Polize sofort an den Dritten.

Mit dem Augenblick des Todes fällt nach § 331, aber nicht als Theil des Nachlasses, auch nicht aus dem Vermögen des Erblassers, dem Begünstigten das Gut zu. Er erhält vielmehr den bezüglichen Anspruch unmittelbar auf Grund des Vertrages. Die gegentheilige Ansicht Jaeger's (Kommentar zur KO. Bem. 28 zu § 32) und Hellwig's (Verträge 367) ist unzutreffend. **RG. 51** 404, **JW. 02** Beil. 247.

§ 332. Hellwig, Verträge: Ueber die Bedeutung dieser Verfügung von Todeswegen im Gegensatze zu den Vermächtnissen 228 ff. — Im Anschluß an diesen Paragraphen entwickelt er (§§ 35, 39) eine Theorie über die Verträge auf Leistung an einen von dem Stipulanten auf Grund der Vereinbarung (Orderklausel) zu bestimmenden Dritten. Nach diesen Grundsätzen sind die civilen Orderpapiere (im Gegensatze zu den handelsrechtlich geordneten) zu beurtheilen. Dahin gehört auch der Kauf mit der Klausel „Aufgabe des Käufers vorbehalten" (247 ff.). Die Orderklausel (mihi aut cui volam dare spondes?) kennt bereits das römische Recht (§§ 8—12). Ueber die civilen Orderpapiere handelt Hellwig weiter in „Rechtskraft" 279 ff.

§ 333. 1. Hellwig, Verträge: Ueber Form und Voraussetzungen der Annahme und Zurückweisung (261 ff.), über die Wirkung (265 ff.). Die Annahme (Beitritt) befestigt den Erwerb, wie bei dem Vermächtnisse. Die Zurückweisung begründet nicht Unmöglichkeit der Leistung; sie läßt die Empfangsermächtigung des Dritten unberührt und begründet für den Versprechensempfänger Annahmeverzug (266 f.). Dieser kann nun in der Regel die Leistung selbst erheben (113 ff., 129). Annahme des Rechtes bedeutet noch nicht seine Unwiderruflichkeit (265).

Ob der Dritte berechtigt wird, bestimmt sich im Zweifel nach dem „Zwecke des Vertrags" (§ 328 Abs. 2). Dies ist der Nebenvertrag; es kommt darauf an, zu welchem Zwecke der Versprechensempfänger sich die Leistung an den Dritten ausbedingt. Der Dritte wird im Zweifel berechtigt einmal, wenn er in rem suam die Leistung erhalten soll (150 f.), sodann bei dem handelsrechtlichen Transportvertrage (477 ff.), bei den Postverträgen (517 ff.) und in analogen Fällen (152).

Den ersteren Gesichtspunkt rechtfertigt Hellwig einmal aus der Präsumtion der §§ 330 f. — sie enthalten solche Fälle, in denen der Stipulant dem Dritten durch den Versprechenden eine unentgeltliche Zuwendung machen will und sind analog anzuwenden, wenn zu diesem Zwecke bei anderen, als den im § 330 bezeichneten Kausalverhältnissen die Leistung an den Dritten ausbedungen wird (153 ff.) — sodann aus den Normen des BGB. über die Hinterlegung zu

Gunsten Dritter (zur Schuldbefreiung 442 ff., zur Sicherheitsleistung 467 ff., Wechselduplikat 470 f.).

Nicht entgegen steht § 329. Er handelt von der Erfüllungsübernahme als der Uebernahme der Verpflichtung, den Gläubiger des Stipulanten zu befriedigen. Dieser Vertrag ist zu unterscheiden von dem Vertrag „auf Leistung an den Drittgläubiger" als dem Versprechen des Schuldners, die seinem Gläubiger (dem Stipulanten) geschuldete Leistung als solche an den Drittgläubiger zu bewirken, so daß er an diesen leistet, um sich von der Schuld zu befreien, welche aus dem Verhältnisse des Versprechenden zu dem Versprechensempfänger entspringt. Auf solche Fälle bezieht sich § 329 überhaupt nicht, vielmehr wird hier der Dritte im Zweifel berechtigt (193 ff.). Ueber die Bedeutung des § 329 für die Erfüllungsübernahme s. 186 ff.

2. H. Stahl, Verträge z. G. D. 44: Bei der Verschiedenheit der Rechte des Dritten und des Versprechensempfängers (vgl. zu § 335) läßt sich eine allgemeine Regel des Inhalts, daß bei Ablehnung des Rechtes seitens des Dritten der Versprechensempfänger Leistung an sich fordern könne, nicht aufstellen. Ein solches Recht kann dem Versprechensempfänger nur bei Vorhandensein eines entsprechenden Parteiwillens zugesprochen werden. Läßt sich dieser nicht feststellen, so liegt für den Versprechenden Unmöglichkeit der Leistung vor.

3. Holl, Verträge z. G. D., (Erlanger Diss. 1899) 29: Das Recht des Dritten ist nicht durch die Annahme suspensiv, sondern durch die Zurückweisung resolutiv bedingt, und zwar hat die Ausschlagung, abweichend von der für die Bedingungen geltenden Regel, rückwirkende Kraft.

§ 334. 1. Hellwig, Verträge: Die Berechtigung des Dritten ist nicht nur davon abhängig, daß der zu seinen Gunsten geschlossene Nebenvertrag gültig ist, sondern auch von der Wirksamkeit des Hauptvertrags. Ist aus diesem eine Einwendung für den Versprechenden begründet, so geht sie auch gegen den Dritten und dieser haftet, wenn er die Leistung als eine ihm geschuldete empfangen hat, mit der condictio indebiti, während diese nicht gegen ihn, sondern nur gegen den Versprechensempfänger gerichtet ist, wenn an den Dritten als bloßen Empfangsermächtigten geleistet wird. Für jene condictio indebiti gegen den Dritten ist es irrelevant, zu welchem Zwecke der Stipulant den Dritten berechtigt werden läßt (275 f., gefälschte Postanweisung 536). — Ueber die Frage, ob bei einem abstrakten Vertrag auf Leistung an Dritte Einwendungen gegen den Dritten aus dem Kausalverhältniß abgeleitet werden können 270 ff. (verneinend), über Einwendungen wegen einer Gegenforderung an den Versprechensempfänger 277 ff. (Aufrechnung unzulässig, zulässig aber Retentionseinrede bei Konnexität), über Retention (280 ff.), über die Einwendungen aus §§ 525 f. (282 ff.), über Einwendungen wegen Anfechtbarkeit (285 ff.). § 123 Abs. 2 Satz 2 ist unanwendbar (287), die Anfechtbarkeit begründet für den Versprechenden eine Einrede gegenüber dem Dritten (292 ff.), Wirkung der Anfechtung nach Leistung an den Dritten (296 ff.), über den Rücktritt des Versprechenden (298 ff.), des Versprechensempfängers, 304 ff. (er kann nur mit Zustimmung des Dritten zurücktreten, wenn dieser unwiderruflich berechtigt ist).

Hellwig, Anspruch 21: Der Versprechende hat wegen einer ihm aus dem Vertrage gegen den Versprechensempfänger züstehenden Gegenforderung ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Forderung des Dritten, kein Aufrechnungsrecht.

2. H. Stahl, a. a. O. 46: Der Versprechende kann dem Dritten nur Einwendungen aus dem konkreten zwischen Versprechensempfänger und Versprechendem geschlossenen Vertrag entgegenstellen. Ausgeschlossen sind alle Einreden aus sonstigen zwischen den Vertragschließenden bestehenden Verträgen, ins-

besondere die Kompensationseinrede, ferner alle Einreden aus dem Verhältnisse zwischen Versprechensempfänger und Drittem. Unzulässig sind aber auch Einreden aus dem konkreten Vertrage, sofern sie erst, nachdem der Dritte bereits ein unwiderrufliches Recht erworben hatte, begründet worden sind.

3. Bendix, Privatr. 306: Die Berechtigung des Dritten beruht auf dem Vertrage der Hauptparteien, der ihm gegenüber ein einseitiges, der Annahme nicht bedürfendes, an sich schon verbindliches Versprechen enthält. Entbehrt der Vertrag der Wirksamkeit, so besteht kein Recht des Dritten, keine Verpflichtung des Promittenten. Deshalb darf letzterer die Einwendungen aus dem Vertrage, z. B. gemäß §§ 320 ff. die exceptio non adimpleti contractus, auch dem ersteren entgegensetzen.

4. Ehrenberg a. a. O. 381. Der Versicherer kann dem Begünstigten alle Einwendungen entgegensetzen, die er auf Grund des Vertrages auf dem Versicherer oder dessen Rechtsnachfolger entgegensetzen könnte.

§ 335. 1. Hellwig, Verträge: Ist der Dritte auf Leistung berechtigt, so hat, abgesehen von besonderen Gestaltungen (323), neben ihm — und das ist das primär in Betracht kommende — der Versprechensempfänger das Recht auf die Leistung (an den Dritten). Es liegt ein Fall der Gesammtgläubigerschaft vor, und die Vorschriften des BGB. über die Dispositionen, welche ein Gesammtgläubiger über das Forderungsrecht treffen kann, gelten auch hier (310 ff.).

Die hieraus sich ergebenden Konsequenzen (313 ff.). Namentlich folgt hieraus die Möglichkeit, daß das dem Dritten erworbene Recht durch Vereinbarung der Kontrahenten und, wo dieses vorbehalten ist, — ausdrücklich oder stillschweigend — auch durch einseitige Bestimmung des Stipulanten aufgehoben werden kann (329). Die Vorschriften des BGB. über die Hinterlegung zur Schuldbefreiung des HGB. über die Transportverträge u. s. w. stimmen hiermit völlig überein (442 ff.).

Ist das Recht des Dritten ein ausschließliches geworden, so liegt ein der Zession gleichwerthiger Thatbestand vor, insofern das dem Stipulanten zustehende Forderungsrecht auf die Leistung durch das alteri stipulari dem Dritten verschafft ist (330 ff.). Daraus rechtfertigt sich auch die analoge Anwendung des § 931 BGB.: ist dem Dritten der Anspruch auf Herausgabe einer dem Versprechensempfänger gehörigen Sache verschafft, so wird er sofort Eigenthümer der Sache, wenn die Uebertragungseinigung stattgefunden hat. Die Bestimmung des HGB. über die Wirkung der Uebergabe des Konnossements erscheint heute nur als eine Anwendung dieses Prinzips (344 ff.). Ueber seine Bedeutung für den gewöhnlichen Frachtbrief vgl. 491 f.

Durch das alteri stipulari wendet der Versprechensempfänger dem Dritten das Recht auf die Leistung bzw. deren Gegenstand zu. Gegenstand der Zuwendung ist das, was ohne den Nebenvertrag an den Stipulanten zu leisten wäre, nicht das, was dieser etwa für das Versprechen der Leistung dem Versprechenden als Gegenleistung gewährt, bei der Lebensversicherung also die Versicherungssumme, nicht etwa die Prämie (333 ff.). Diese Zuwendung ist in dem Verhältnisse zwischen dem Stipulanten und dem Dritten so lange sine causa, bis zwischen diesen über ihren Zweck eine Vereinbarung getroffen wird (340 ff.). Ueber den Fall, daß dieser Zweck eine Schenkung ist: 347 ff.; über den Fall, daß dem Dritten eine letztwillige Zuwendung gemacht werden soll: 350 ff. Im letzteren Falle liegt ein eigenartiges Rechtsgeschäft mortis causa vor, bei dem über den Zweck der Zuwendung eine Vereinbarung nicht erforderlich ist (ebenso wenig, wie beim Vermächtnisse) und welches die Möglichkeit giebt, dem Dritten direkt den Anspruch auf die Leistung und, wenn diese in der Herausgabe einer

dem Zuwendenden gehörigen Sache besteht, das Eigenthum an ihr zu verschaffen (362 f.).

Ueber die Anfechtung der Zuwendung durch Dritte, namentlich im Konkurse 366 ff.

2. H. Stahl, a. a. O. 37: Im Zweifel wird aus einem Vertrage z. G. e. D. neben dem Dritten auch der Versprechensempfänger berechtigt. Ein Fall der Gesammtgläubigerschaft liegt nicht vor, denn das Recht des Dritten und das des Versprechensempfängers sind nicht identisch; der Dritte kann die Leistung, der Versprechensempfänger nur die Bewirkung dieser Leistung fordern. Hieraus folgt einmal, daß der Versprechende nicht nach Belieben an den Versprechensempfänger oder an den Dritten leisten kann, sondern an den Dritten leisten muß, sodann daß weder der Versprechensempfänger noch dessen Gläubiger oder Erben Anspruch auf die Leistung selbst erheben können (wichtig bei Lebensversicherungen zu Gunsten Dritter).

A. Stahl, Vers. d. eigenen Lebens. z. G. D. 48: Die Erben des Versicherungsnehmers haben im Zweifel ebenfalls die Befugniß, die Leistung der Versicherungssumme an den Dritten zu verlangen.

3. Ehrenberg, a. a. O. 387/8. Der Versicherte hat Anspruch auf die Versicherungssumme, falls sie noch bei seinen Lebzeiten fällig wird. Wenn allerdings nach dem Vertrage auch für diesen Fall der Begünstigte das Recht auf die Versicherungssumme erhalten sollte und nicht vorher gestorben ist, ferner stets dann, wenn der Begünstigte ein unwiderrufliches Recht erhalten hat, kann der Versicherte nur Leistung von dem Begünstigten, nicht an sich selbst verlangen. Waren mehrere Begünstigte genannt und sind nur einer oder einige durch Tod oder Verzicht weggefallen, so wächst in der Regel (386) ihr Antheil den übrigen an; ist dies aber nicht der Fall, so konkurrirt der Versicherte mit den übrig gebliebenen Begünstigten pro parte bei der Geltendmachung des Anspruchs aus dem Versicherungsvertrag.

Vierter Titel.

Draufgabe. Vertragsstrafe.

§ 336. 1. Schrödter, Vergleichende Darstellung des Rechtes der Arrha (Draufgabe) nach dem gemeinen Recht und dem BGB., (Erlanger Diss. 1899): Die Draufgabe ist arrha confirmatoria, nicht constitutoria, und — im Zweifel — nicht poenitentialis; Objekt ist „Etwas", — nicht „Sache", also auch Forderungen; die Zurückforderung erfolgt bei Nichtigkeit (Anfechtbarkeit) des Vertrags nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, bei Erfüllung des Vertrags und bei Nichterfüllung in Folge beiderseitiger Einwilligung in die Wiederaufhebung oder in Folge zufälliger Unmöglichkeit der Leistung nicht mittelst der condictio, sondern mit eigener, nach allgemeinen Grundsätzen zu behandelnder Klage aus dem Bestellungsvertrage; § 338 Satz 1 beruht darauf, daß der Geber dolos handeln würde, wollte er ohne Erfüllung zurückfordern, was er zur Perfektion gegeben hat.

Vallentin, Die Draufgabe des gemeinen Rechts. Die Draufgabe des BGB., (Berliner Diss. 1900): Die Bestimmung des § 338 enthält keine Abweichung vom gemeinen Rechte. Die Draufgabe ist auch dadurch ihrer Bestimmung, Zeichen des Vertrags zu sein, nicht abwendig gemacht, nicht arrha poenalis geworden. Der Verlust der Draufgabe in den Fällen des § 338 hat seine Ursache in den allgemeinen Grundsätzen über Treu und Glauben. Die Bestimmung des § 338 ist eine Anwendung der alten exceptio doli generalis auf den speziellen Fall der Draufgabe.

Durch die dem Empfänger gewährte Möglichkeit, bei Verschulden des Gebers alsbald die Draufgabe zu lukriren, ist in gewisser Weise ein Fortschritt gegen das gemeine Recht erzielt. Dieser beruht aber auf den vom gemeinen Rechte abweichenden Vorschriften über den Rücktritt vom Vertrage, wie sie §§ 325, 326 BGB. statuiren.

2. Die Hingabe des Gottesgeldes gilt im Verkehr als Zeichen eines endgültigen und beide Parteien bindenden Vertragsschlusses. Ein solcher ist auch der bedingte Vertrag, und es ist rechtlich durchaus zulässig, einen bedingten Vertrag durch Gottesgeld zu bekräftigen . . Dagegen spricht wirthschaftlich die Hingabe des Gottesgeldes in höchstem Maße dafür, daß der Vertrag (in dem betreffenden Falle: die Miethe) definitiv, und nicht unter einer auf den Willen des Anderen gestellten Resolutivbedingung geschlossen ist. OLG. 3 356 (Hamb.).

§ 339. 1. Klein, Ueber den Verfall der Konventionalstrafe nach gemeinem Rechte, unter Berücksichtigung der modernen Gesetzgebung, (Königsberger Diss., 1898), behandelt hauptsächlich die gemeinrechtliche Lehre und Praxis.

Strauß, Ueber die Konventionalstrafe nach der neuen Reichsgesetzgebung, (Erlanger Diss. 1898): Aus der akzessorischen Natur der Vertragsstrafe folgt, daß diese ohne die Hauptverbindlichkeit nicht übertragen werden kann, solange die Strafe nicht verwirkt ist, vgl. §§ 401, 399.

2. Rosenberg, Jherings J. 43 289/290: Die Strafe ist nicht verwirkt, wenn der Gläubiger in Annahmeverzug geräth.

3. RG. JW. 03 Beil. 43: Das BGB. bietet keinen Anhalt dafür, daß eine Vertragszusage deswegen, weil der Schuldner für den Fall der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit zugleich die Zahlung einer Geldsumme als Strafe versprochen hat (§ 339), nach anderen Regeln (insbesondere strengeren) auszulegen sei, als den allgemein gültigen.

Auch bei der Auslegung einer derartigen Strafbestimmung sind §§ 133, 157 zu beachten.

4. RG. JW. 01 750 Nr. 4: Eine auf Leistung einer Vertragsstrafe gerichtete Klage ist nur begründet, wenn die Zuwiderhandlung gegen das die Vertragsstrafe festsetzende Vertragsverbot der Klaganstellung vorausgegangen ist, weil ohne diese Zuwiderhandlung die Vertragsstrafe nicht verwirkt, ohne deren Verwirkung aber ein Grund für den erhobenen Anspruch nicht vorhanden ist. Eine im Laufe des Rechtsstreits erst eingetretene Verwirkung der Strafe mag zur Erhebung einer neuen Klage Anlaß geben, den Grund des vorher erhobenen Anspruchs kann sie nicht bilden. Der Fall des Mangels einer einen Bestandtheil des Klagegrundes bildenden Thatsache ist nach feststehender Rechtsprechung des RG. nicht dem Falle gleich zu behandeln, wenn im Laufe des Rechtsstreits eine Voraussetzung eintritt, von deren Vorhandensein die Verurtheilung abhängt, wie die Fälligkeit einer vor Klagerhebung entstandenen Forderung.

5. Da das Versprechen einer Konventionalstrafe eine neue Verpflichtung für den Fall der Nichterfüllung des Hauptversprechens begründet, muß die Zuwiderhandlung des Schuldners eine bewußte und frei gewollte sein. Die Darlegung von Umständen, aus denen sich das Nichtvorhandensein dieses Erfordernisses ergiebt, bildet regelmäßig eine Einrede; die Beweislast trifft den Schuldner dafür, daß ihm die Zuwiderhandlung nicht zuzurechnen ist. BayrOLG., Seuff. A. 56 442.

6. Der Gläubiger, der die Vertragsstrafe einfordert, hat nur darzuthun, daß der Schuldner im Verzuge ist. Es liegt ihm nicht der Beweis ob, daß er seine Pflicht nicht erfüllt habe, vielmehr ist es dessen Sache, die Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu beweisen (§ 345) oder nachzuweisen, daß die Leistung infolge

eines Umstandes unterblieben sei, den er nicht zu vertreten hat (§§ 285, 283). OLG. Braunschw., Seuff. A. 57 99.

7. **RG.** JW. 02 250: Durch die festgesetzte, ihrer Höhe nach das volle Interesse an der Vertragserfüllung zu ersetzen bestimmte Strafleistung kann sich der Verpflichtete von der seiner Erwerbsfreiheit auferlegten Beschränkung (Konkurrenzverbot) freimachen; vgl. Rehbein II 235.

8. Einzelne Fälle:

RG. HessRechtspr. I 177: Der „Frachtzuschlag" im § 53 der Eisenbahn-Verkehrsordnung v. 26. 10. 99 ist rechtlich eine Vertragsstrafe.

OLG. Karlsr., BadRechtspr. 01 121: Eine Partei handelt **dolos, wenn** sie eine unter ihrer Mitwirkung und Billigung zu Stande gekommene Zuwiderhandlung des Gegners dazu benützen will, die darauf gesetzte Vertragsstrafe zu verlangen.

RG. Gruchots Beitr. 46 124, JW. 01 726 Nr. 21: Bei Strafstipulationen des Inhalts, daß der Beklagte sich innerhalb eines bestimmten Bezirkes an keinem Konkurrenzunternehmen, sei es selbständig oder als Angestellter, betheiligen darf, kann eine Uebertretung des Verbots darin, daß der Beklagte von seinem außerhalb des Bannbezirkes betriebenem Geschäft aus Absatz auch im Bannbezirke sucht, nicht erblickt werden, wie vom RG. in früheren ähnlichen Fällen schon wiederholt ausgesprochen worden ist: **RG. 26** 164; Bolze 8 Nr. 459, 463, 9 Nr. 245.

RG. JW. 02 264: Eine Zuwiderhandlung gegen ein vertragsmäßiges Konkurrenzverbot kann darin liegen, daß Veranstaltungen Dritter zum Zwecke der Konkurrenz hervorgerufen und unterstützt werden, z. B. wenn der Vater durch den Sohn, der Ehemann durch die Ehefrau den geschäftlichen Konkurrenz-Betrieb dem äußeren Scheine nach führen oder wenn eine im Besitz des überwiegenden Aktienkapitals einer Gesellschaft befindliche Firma, die infolgedessen einen beherrschenden Einfluß auf den geschäftlichen Betrieb der Aktiengesellschaft auszuüben vermag, durch diese ihre — materiell — eigenen Geschäfte betreiben läßt. Vgl. auch OLG. Kiel, R. 5 538.

RG. R. 6 125: Bei der Vertragsbestimmung, daß die Fälligkeit der Forderung bei nicht pünktlicher Zinszahlung eintreten solle, ist es eine Auslegungsfrage, ob die bloße Thatsache der nicht pünktlichen Zinszahlung oder nur eine dabei unterlaufene Fahrlässigkeit (ein Verzug) des Schuldners die Fälligkeit der Forderung begründen soll.

OLG. Braunschw., Seuff. A. 57 98: Bei Ablauf der nach dem Kalender bestimmten Leistungszeit hat der nach § 339 Verpflichtete zu beweisen, daß die Leistung in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unterblieben ist; vgl. Rehbein II 232.

§ 340. BayrObLG., Seuff. Bl. 66 421: Ist eine Unterlassung vereinbart und für den Fall der dennoch vorgenommenen Handlung eine Vertragsstrafe festgesetzt, so ist die Strafe nur verfallen, wenn die Zuwiderhandlung eine bewußte und frei gewollte ist. Zur Begründung der Klage gehört der Nachweis, daß die Zuwiderhandlung stattgefunden hat, während dem Beklagten offen steht, einzuwenden, daß ihm die Zuwiderhandlung nicht zuzurechnen sei; vgl. **RG.** Seuff. A. 51 24.

§ 341. Bendix, Privatr. 311: Die Behauptung der Annahme mit Vorbehalt gehört zur Begründung des Anspruchs auf die Strafe, mag der Gläubiger selbst oder eine Mittelsperson (§ 278) die Erfüllung angenommen haben (Strieth. A. 63 74, **RG.** 2 25; dagegen ROHG. 13 14).

OLG. 3 285, Seuff. A. 57 6 (Hamb.): Der Vorbehalt braucht nicht unmittelbar bei der Entgegennahme erklärt zu werden; die nackte Hinnahme ist

noch nicht Annahme, diese setzt den Willen voraus, das Gelieferte zu behalten; bei Zusendung des Erfüllungsgegenstandes enthält die unverzüglich nach Empfang der Zusendung erfolgende Anzeige des Gläubigers, daß er den Erfüllungsgegenstand annehme, aber den Anspruch auf die Vertragsstrafe erhebe, trotz der nothwendigen Zwischenzeit zwischen Empfangnahme und Anzeige einen rechtswirksamen Vorbehalt; ebenso die entsprechende erste Kundgabe innerhalb der Frist des § 377 HGB.

§ 342. Wesentlich verschieden von dem Fall des § 340, wo der Gläubiger wahlweise Strafe oder Erfüllung, und des § 341, wo er Strafe neben Erfüllung verlangen kann, ist der Fall, in dem der Andere zur Zahlung der letzten Rate nicht angehalten werden, sondern gegen Zahlung eines Reugeldes vom Vertrage zurücktreten und der Gläubiger im Falle des Rücktritts nur noch den Anspruch auf das Reugeld (in Höhe der beiden ersten Raten) sowie die aus der Verwirkungsklausel sich ergebenden Rechte geltend machen kann. RG. JW. **02** Beil. 196.

§ 343. 1. Hölder, R. **4** 161 ff. führt gegen Planck und Schollmeyer, welche das Urtheil als ein konstitutives bezeichnen, — ebenso Hellwig, Anspruch 463 (konstitutive Urtheile mit Wirkung ex tunc, vgl. § 655 u. HGB. § 741) — aus, es handele sich um eine nur durch Klage oder Einrede mögliche, theilweise Anfechtung des Vertrags, welche — wie jede Anfechtung — insoweit die Existenz des Rechtsgeschäfts verneint, auch wenn sie durch Einrede geltend gemacht wird; das Urtheil ist ein Feststellungsurtheil, wie die querela inofficiosi testamenti, soweit diese sich nicht mit der Abforderung des Erbschaftsbesitzes verband: von dem Erforderniß eines rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung könne hier nicht abgesehen werden, zumal die Verhältnisse zur Zeit der Entscheidung maßgebend sind; die Vereinbarung eines nicht nur unverhältnißmäßig hohen, sondern zugleich gegen die gute Sitte verstoßenden Strafbetrags ist nichtig, so daß diesfalls ein Versäumnißurtheil gegen den Schuldner nicht ergehen kann; die unverhältnißmäßig hohe Strafe ist auf den höchsten, den Umständen nach angemessenen Betrag herabzusetzen.

2. Flechtheim, Gruchots Beitr. **44** 67, 94 f. über die Zulässigkeit der Geltendmachung durch Einrede. Dagegen Marcus, R. **4** 214.

OLG. München, R. **7** 153: Der Antrag auf Herabsetzung einer unverhältnißmäßig hohen Vertragsstrafe kann nur im Wege der Widerklage gestellt werden.

Ebenso Marcus, KGBl. **00** 18 gegen Oertmann, Komm. zu § 343 (h. Note 3).

3. Steinert, Der Ersatz eines immateriellen Schadens 58, 62 ff.: § 343 giebt die Schätzbarkeit jedes immateriellen Schadens in Geld zu; dennoch hat das BGB. den Ersatz eines solchen nur in verschwindend wenigen Fällen zugelassen (s. §§ 253, 847 und 1300). Vgl. Schultzenstein, DJZ. **7** 518 über den Begriff des berechtigten Interesses.

4. Bendix, Privatr. 310: Nach der freiwilligen Entrichtung der Strafe ist ebenso wie vor der Verwirkung die Herabsetzung ausgeschlossen, bei theilweiser Entrichtung wenigstens dann, wenn der Theilbetrag in Anerkennung der vollen Schuld auf Abschlag geleistet wurde. Ein Vorbehalt bei der Entrichtung läßt die Befugniß, die Ermäßigung zu beantragen, unberührt.

5. LG. Halle, R. **5** 283: Ein Reugeld kann nicht herabgesetzt werden; vgl. hierüber und über die wesentliche Verschiedenheit von Wandelpön und Konventionalstrafe RG. **43** 280 u. DJZ. **7** 118. Vgl. Rehbein II 225.

6. Aus der Praxis:

a) OLG. Frankfurt a. M., R. **7** 17: Bei der Bemessung der Vertragsstrafe ist zu beachten, daß dieselbe auch als Zwangsmittel wirken soll.

OLG. 3 286 (Dresden): Auch wenn der Gläubiger durch den Vertragsbruch keinen Einnahmeausfall erleidet, kann die Angemessenheit der Strafe durch ein anderweites Interesse gegeben sein.

b) Langheineken, Urtheilsanspruch 231: Aus der prozeßrechtlichen Natur der Vorschrift im Abs. 1 Satz 1 folgt deren Anwendbarkeit auf Vertragsstrafen, die unter dem alten Rechte versprochen oder verwirkt (aber noch nicht entrichtet) worden sind.

OLG. Hamb., DJZ. 5 235, R. 4 174 u. HansGZ. 00 81: § 343 giebt eine auf sittlichen Gründen beruhende, dem öffentlichen Rechte angehörende Befugniß und ist deshalb auch auf vor dem 1. 1. 00 begründete Schuldverhältnisse anwendbar. Vgl. LG. Dresden, R. 5 309.

OLG. Kassel, DJZ. 5 304, R. 4 372: Die Vorschrift ist auf vor dem 1. 1. 00 begründete Schuldverhältnisse nicht anzuwenden. Daraus, daß die Bestimmung des § 343 sozialen Zwecken dient, ist noch nicht zu schließen, daß der Gesetzgeber sie für ein unbedingt zwingendes Gebot der sittlichen und wirthschaftlichen Ordnung des Volkslebens betrachtet habe. S. auch R. 4 464.

RG. 44 59: Eine Vorschrift kann erst mit ihrem Inkrafttreten unberührt bleiben — vgl. § 75 Abs. 2 Satz 2 HGB. —, § 343 also erst vom 1. 1. 00 ab angewendet werden.

RG. JW. 00 785 und 855 ff. § 343 ist nicht anwendbar, wenn bereits vor dem 1. 1. 00 das Vertragsverhältniß beendigt und die Vertragsstrafe verwirkt war (abweichend Habicht (2) 239: Neues Recht ausgeschlossen nur bei rechtskräftigem Urtheil vor dem 1. 1. 00, Staub, Komm. 1069: Auf alte Schuldverhältnisse durchaus altes Recht, abgesehen von EG. Art. 171); ebenso LG. Mainz, HessRspr. 00 27; RG. R. 5 17; OLG. Karlsr., R. 5 468; OLG. Frankf., R. 6 208; A. A. OLG. Hamb., DJZ. 7 228: Die Vorschrift des § 343 gilt auch für vor dem 1. 1. 00 geschlossene Verträge, da ihr öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte zu Grunde liegen, was vom OLG. Kassel, DJZ. 5 304 nicht widerlegt ist.

Rehbein II 243: Vor dem 1. 1. 00 verwirkte Strafen unterliegten der Herabsetzung nur soweit, als sie nach früherem Rechte zulässig war; dagegen trifft § 343 die nach dem 1. 1. 00 verwirkten Strafen, ohne Unterschied, ob die Strafvereinbarung vor oder nach dem 1. 1. 00 getroffen ist.

Vgl. RG. 42 97 ff., 43 23, R. 5 206 u. Sächs. A. 10 749 zum § 75 Abs. 2 u. 3 HGB.

c) OLG. 6 231 (Hamb.): Die Verpflichtung aus § 343 besteht für den deutschen Richter ohne Rücksicht darauf, ob die rechtlichen Beziehungen der Parteien zu einander nach deutschem oder nach ausländischem Rechte zu beurtheilen sind.

7. Lewinsohn, JW. 02 246. Hat der Lehrherr gemäß dem Lehrvertrage von dem Lehrling ein bestimmtes Lehrgeld erhalten, das beim unbefugten Austritt des Lehrlings als Konventionalstrafe verfallen sollte, so würde § 343 zu Gunsten des Lehrlings Anwendung finden.

§ 344. RG. 50 30, JW. 02 30: Bei Vereinigungen und Verabredungen im Sinne des § 152 Abs. 2 GewO. ist die Vereinbarung einer Strafe unwirksam; vgl. RG. DJZ. 7 249.

Kohler, A.bürgR. 12 25 u. Zwölf Studien I 25: Die Verabredung einer Konventionalstrafe dafür, daß Jemand etwas dem geselligen Verkehre — nicht dem Rechtsverkehr — Angehöriges thut oder nicht thut, ist nicht unzulässig, wenn sie die Freiheit nicht zu sehr beeinträchtigt.

§ 345. RG. 41 223: § 345 stimmt mit der in der bisherigen Literatur und Praxis überwiegenden Ansicht überein; vgl. Seuff. A. 43 19.

Fünfter Titel.
Rücktritt.

§ 346. 1. Hoffmann, Inwieweit kennt das BGB. ein gesetzliches Rücktrittsrecht vom Vertrage? (Greifswalder Inaug.-Diss. 1900): Der Begriff des Rücktritts vom Vertrag ist im BGB. innerhalb seines „Rechtes der Schuldverhältnisse" dem früheren, insbesondere dem preußischen und gemeinen Rechte gegenüber ein einheitlich gefaßter und gegen andere ähnliche Begriffe scharf abgegrenzter. Unter Rücktritt versteht das Gesetzbuch nämlich lediglich die rechtliche Befugniß eines Vertragschließenden, die durch den Vertrag hergestellte rechtliche Gebundenheit der Kontrahenten wieder zu lösen, und zwar unter Voraussetzungen, die erst nach Abschluß des Vertrags eingetreten sind, und mit der Wirkung, daß die Parteien verpflichtet werden, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.

Vom Rücktritte wesentlich verschieden sind hiernach folgende Fälle:

a) Die bei jedem Schuldverhältniß in den Fällen der §§ 280 Abs. 2, 283 Abs. 2, 286 Abs. 2 dem Gläubiger gewährte Befugniß, bei entsprechender Anwendung der für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften (§§ 346—356) unter Ablehnung der Gegenleistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

Es handelt sich hier nicht um einen Rücktritt als eine dem Gläubiger gewährte selbständige rechtliche Befugniß, sondern um einen auf Schadensersatz gehenden, aus dem Vertrage selbst entspringenden Anspruch, bei dessen Geltendmachung nebenher nur die Wirkungen wie beim Rücktrittsrecht in einer den Verhältnissen entsprechenden Weise eintreten können, „Aequivalent des Rücktrittsrechts": Motive zu § 242 des ersten Entwurfes (vgl. Kisch, Iherings J. **44** 124).

b) Das Recht, durch Anfechtung einer Willenserklärung einen Vertrag zur Aufhebung zu bringen. Die Voraussetzung für die Anfechtung ist bereits mit dem Vertragsschlusse gegeben, der — weil mangelhaft — eine rechtliche Gebundenheit der Kontrahenten nicht erzeugt hat. Die Anfechtung stellt nur ein Mittel dar, diese an sich schon bestehende mangelhafte Gebundenheit auch äußerlich in Erscheinung treten zu lassen.

c) Das bei Miethe und Dienstvertrag sowie bei anderen auf dauernde fortlaufende Leistungen gerichteten Verträgen den Kontrahenten gewährte Recht der Kündigung, d. h. das Recht, die vertragliche Gebundenheit nur für die Zukunft zu lösen (Entw. I: Rücktritt für die Zukunft, so §§ 528, 529, 566).

d) Jeder nur auf Rückforderung einer einzelnen Vertragsleistung gerichtete Anspruch (so § 527 BGB.) und der einseitig, auch bei einem Vertrage nur einseitig rückwirkende Widerruf (so §§ 530, 610, 671 BGB.). Letzterer stellt im Gesetzbuche das Recht zur Zurücknahme einer bloßen Willenserklärung oder zur Wiederaufhebung einer einzelnen Rechtshandlung dar.

Ein Rücktritt vom Vertrage, den sich im Uebrigen die Kontrahenten jederzeit vertraglich vorbehalten können, wird durch das Gesetz selbst in folgenden Fällen gewährt:

A. Bei dem auf Austausch von Leistungen gerichteten gegenseitigen Vertrag unter den allgemeinen Voraussetzungen der §§ 325, 326.

B. Beim Kaufe und den dem Kaufe rechtlich gleichgestellten Verträgen (Tausch § 515, Werklieferungsvertrag § 651) sowie bei allen anderen Verträgen, bei denen die entgeltliche Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes in Frage kommt (§§ 445, 493)

a) im Falle der Gewährleistung wegen Rechtsmängel (§ 440),
b) im Falle der Gewährleistung wegen Sachmängel (§§ 459 ff., 462): Wandelungsanspruch.

C. Beim Werkvertrag
a) im Falle der Gewährleistung wegen Sachmängel (§ 634): Wandelungsanspruch,
b) im Falle nicht rechtzeitiger Herstellung des Werkes (ohne daß Verzug vorzuliegen braucht): — § 636 — ein über die allgemeinen Grundsätze hinaus (vgl. oben zu A) ausgedehntes, reines Rücktrittsrecht.

2. OLG. Colmar, Puchelts Z. 33 165: Der Rücktritt begründet nur einen obligatorischen, keinen dinglichen Anspruch des Rücktretenden auf Wiederherstellung des früheren Zustandes und ist daher ohne jeden Einfluß auf die inzwischen begründeten Rechte Dritter. Der Rücktretende hat vielmehr auch bezüglich dieser Rechte nur einen obligatorischen Anspruch gegen seinen anderen Vertragskontrahenten auf deren Beseitigung.

Cohn, JW. 02 7: Der Rücktritt bewirkt nicht, daß die Forderung des anderen Theiles erlischt, sondern giebt dem Rücktretenden einen Liberationsanspruch. Mit der vollzogenen Wandelung erlischt daher nicht die für den Verkäufer bestellte Kaufgelder-Hypothek (§ 1163 Abs. 1), sondern der Käufer hat gegen den Verkäufer den Anspruch auf Verzicht auf die Hypothek (§ 1169).

3. Hellwig, Anspruch 21/25: In der vertragsmäßigen Einräumung des Rücktrittsrechts liegt einmal die Einräumung der Befugniß, durch einseitige Erklärung das Vertragsverhältniß aufzulösen (Wirkung ex nunc wie Kündigungsrecht), sodann implicite das Versprechen, die etwa schon empfangenen Leistungen derartig rückgängig zu machen, daß der frühere Zustand wiederhergestellt wird. Diese Verpflichtung ist bedingt durch die Rücktrittserklärung. Das Vertragsrecht verliert nicht durch die Rücktrittserklärung seine Wirkung für die Vergangenheit. Die Verpflichtung zur Rückgabe gründet sich nicht auf einen Empfang sine causa, sondern auf das bedingte Rückgabeversprechen. Die gleichen Grundsätze gelten für die Fälle des gesetzlich gestatteten Rücktritts, namentlich für die Wandelung.

In der Befugniß des Rücktrittsberechtigten, die noch nicht erfüllte Verpflichtung aufzuheben, liegt ein Leistungsverweigerungsrecht, eine Einrede (Arg. § 478). Diese Einrede kommt dritten Personen nicht zu, insbesondere nicht dem Bürgen trotz § 768 Abs. 2.

Bei einem Vertrag auf Leistung an Dritte kann die Rücktrittserklärung nur durch den Versprechensempfänger (sobald das Recht dem Dritten unwiderruflich verschafft ist, nur mit Zustimmung des Dritten) und vom Schuldner nur dem Versprechensempfänger gegenüber abgegeben werden; die aus seiner Rücktrittserklärung entstandene Einwendung kann der Schuldner auch dem Dritten entgegensetzen; aus seiner Befugniß zum Zurücktreten kann der Schuldner dem Dritten eine dilatorische Einrede entgegensetzen, soweit dies nicht gegen die bona fides verstößt, z. B. wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, seine Rücktrittserklärung sofort an die richtige Adresse abzugeben.

4. Kisch, Unmöglichkeit 134/149: Die Möglichkeit des Rücktritts ist kein subjektives Recht, sie ist vielmehr Befugniß im eigentlichen Sinne, d. h. die Fähigkeit, durch bestimmte Handlungen subjektive Rechte aufzuheben oder zu begründen, — sie kann also nicht durch Nebenrechte (Pfänder, Bürgschaften) gesichert werden, auch verjährt sie nicht; — der Rücktritt darf nicht eventuell und nicht unter einer Bedingung geäußert werden; — die Rücktrittserklärung ist unwiderruflich; — sie wirkt unmittelbar, ohne Einwilligung des Gegners und ohne Urtheil; — der Rücktritt hebt das Vertragsverhältniß kraft Rechtens auf, er gewährt nicht eine bloße Einrede gegen die Leistungsklage (ebenso Staffel, SächsA. 10 671).

5. Rehbein II 253: Stellt sich nachträglich heraus, daß die Unmöglichkeit

der Rückgewähr schon zur Zeit der Rücktrittserklärung bestand, so ist der Rücktritt von Anfang an unwirksam.

6. **Kohler**, Handb. d. Patentr. 527: Nach der wohlbegründeten Bestimmung des BGB. kann die Aufhebung eines Vertrags wegen Nichterfüllung nicht kraft Bedingung festgesetzt werden, sondern nur kraft Voraussetzung; sie kann nicht so festgesetzt werden, daß im Falle der Nichtzahlung das Recht wegfällt, sondern nur so, daß im Falle der Nichtzahlung das Haben des Rechtes ein voraussetzungsloses ist und dementsprechend eine Pflicht zur Rückgabe besteht; dies ist das unzweifelhafte Ergebniß der §§ 346, 349, 360, 455 BGB. (vgl. auch § 357) und dies muß auch auf dem Gebiete des Licenzrechts gelten.

7. **Bocke**, R. **5** 617: Der Vorbehalt des Widerrufs eines gerichtlichen Vergleichs ist nichts Anderes als ein dem Vergleichsvertrage (§ 779) beigefügter Rücktrittsvorbehalt i. S. des § 346; der Rücktritt hat also auch hier gemäß § 349 durch Erklärung gegenüber dem **anderen Theile** zu erfolgen, — wenn nicht ausdrücklich vereinbart ist, daß die Erklärung dem Gerichte gegenüber als gültiger Widerruf gelten solle.

8. Hat sich in einem Darlehnsvertrage der Gläubiger (z. B. für den Konkursfall des anderen Theils) das Recht vorbehalten, die sofortige Rückzahlung des sonst noch längere Zeit unkündbaren Darlehns verlangen zu dürfen, so liegt in der Ausübung des Rechts im gegebenen Falle nicht ein Rücktritt im Sinne des Gesetzes. Dies selbst dann nicht, wenn gesagt wird, man „trete zurück" und verweigere die Auszahlung des Darlehns. Zu dieser Verweigerung ist dann übrigens der Gläubiger nicht auf Grund eines garnicht vorbehaltenen Rechtes, sondern gesetzlich nach § 610 BGB. berechtigt; das Fehlgreifen im Ausdruck ändert daran nichts. **RG. 52** 10.

§ 347. **Kisch**, Unmöglichkeit 145/146: Weil § 327 nur anwendbar ist, wenn der Grund des Rücktritts vom Gegner nicht zu vertreten ist, haftet auch der nach §§ 325, 326 rücktretende Gläubiger vom Zeitpunkte des Empfanges der Leistung an gleich einem unredlichen Besitzer; dieses unbillige und unbegründete Ergebniß hat der Gesetzgeber bei Uebertragung der Grundsätze des vertragsmäßigen Rücktritts (bei dem jeder Theil von Anfang an mit der Möglichkeit des Rücktritts rechnen muß), auf den gesetzlichen Rücktritt wohl nicht vorausgesehen (vgl. **Kisch**, Iherings J. **44** 120). — Ueber den Unterschied zwischen Rücktritt und Schadensersatz 149 (vgl. Iherings J. **44** 111).

RG. 44 250/252: § 347 ist eine Folgerung aus dem Grundsatze der Wiederherstellung des früheren Zustandes (vgl. §§ 467, 987), während das preuß. ALR. diesen Grundsatz für die Wandelung nicht anerkennt, vielmehr einen dem Käufer günstigen Ausgleich trifft.

§ 348. **Hellwig**, Anspruch 22: Die Rückgabeverpflichtung ist eine Verpflichtung aus dem Vertrage, deshalb haftet z. B. der Bürge, deshalb gilt der Gerichtsstand des Vertrags.

RG. 49 423: Die §§ 348, 350/354 finden auf den aus §§ 119, 123 erstrebten Rücktritt weder unmittelbar noch entsprechend Anwendung; der Anspruch auf Rückzahlung des Preises wegen Nichtigkeit des Vertrags ist ein Anspruch nach § 812 Abs. 1.

§ 349. Die Rücktrittserklärung kann auch durch Zustellung der Klageschrift erfolgen. OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. **01** 283. Der Rücktritt vollzieht sich formell schon durch die bloße, dem anderen Vertragstheil gegenüber abgegebene Willenserklärung des Zurücktretenden. Erst dann kommt in Frage, welche Leistungsverbindlichkeiten gemäß § 348 zu erfüllen sind. Es ist nicht nothwendig, daß sich der Rücktretende zur Anrechnung dessen, was er zu ersetzen hat, anbieten muß. **RG. 49** 40, JW. **01** 647 Beil. 144.

Die in einer Replik enthaltene Rücktrittserklärung gilt, selbst wenn sie nicht dem Beklagten selbst zugestellt oder in seiner Gegenwart vorgetragen sein sollte, als ihm gegenüber abgegeben, sofern er durch einen Rechtsanwalt vertreten war. Der Anwalt ist nach feststehender Rechtsprechung zur Entgegennahme solcher empfangsbedürftigen Erklärungen gemäß § 81 CPO. bevollmächtigt. **RG. 50** 138. S. auch OLG. 2 217 (KG.).

§ 351. OLG. Marienw., PosMschr. **02** 71: In der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum früheren Rechte ist der Satz als Regel aufgestellt, daß, wer eine gekaufte Sache dem Verkäufer als mangelhaft zur Verfügung stelle, gegen Treu und Glauben verstoße, wenn er sie ferner benutze und wie seine eigene behandele. Bei solcher Handlungsweise müsse angenommen werden, daß er die Sache behalten wolle und seine Dispositionsstellung zurücknehme. (**RG. 17** 65, **22** 78, **43** 68.) Diese Grundsätze sind auch für das neue Recht maßgebend. Wenn aber der Verkäufer gegenüber der angekündigten Dispositionsstellung die einstweilige Fortbenutzung dem Käufer gestattet, so kann hierin eine Verwirkung des Rechtes auf Wandelung nicht liegen.

§§ 353/354. Eccius, Gruchots Beitr. **41** 884 vertheidigt die Sachgemäßheit dieser Bestimmung gegen Schollmeyer.

OLG. **4** 38 (Hamb.): Wenn zu einer Zeit, wo der Käufer Wandelung begehrt, bereits feststeht, daß er seinerseits den empfangenen Gegenstand nicht zurückzugeben vermag, weil ihm dieser im Wege der Zwangsvollstreckung entzogen sei, so ist der Anspruch auf Wandelung beseitigt. Ebenso **RG. 50** 189/190, JW. **02** Beil. 198.

§ 355. **RG.** J.W. **02** 10, Beil. 171: Die Fristsetzung zur Ausübung eines bedingten Rücktrittsrechts kann erst nach Eintritt der Bedingung erfolgen. Dies war in dem dem § 355 BGB. entsprechenden § 432 des Entw. I ausdrücklich bestimmt und folgt aus der Natur der Sache. — Angemessen ist diejenige Frist, welche unter Berücksichtigung des fraglichen Rechtsverhältnisses und der konkreten Umstände demjenigen, welchem sie bestimmt wird, billiger Weise gelassen werden muß, um die Erklärung abzugeben.

Der auch in dem § 327 gewählte Ausdruck, daß eine entsprechende Anwendung der §§ 346—356 stattfinden soll, ermächtigt den Richter nicht, von den in diesen Paragraphen aufgestellten Grundsätzen aus Rücksichten, die sich aus dem Wesen des Werkvertrags ergeben könnten, abzuweichen, da in diesem Falle die in § 636 Abs. 1 enthaltene Verweisung auf § 327 wirkungslos sein würde. Hiernach hat der Werkunternehmer nur das im § 355 zugelassene Recht der Fristbestimmung als Mittel, sich gegen die Möglichkeit zu sichern, daß der Besteller, wenn einmal das Recht zum Rücktritte für ihn durch ein besonderes Interesse gerechtfertigt ist, zu einer beliebigen Zeit und sogar noch bei der Ablieferung des fertiggestellten Werkes den Rücktritt vom Vertrage erklärt. **RG. 52** 318.

§ 356. Hellwig, Anspruch 197/198: Jeder Gesammtgläubiger des § 428 kann selbständig kündigen, anfechten, wählen und zurücktreten; dann tritt durch seine Erklärung die Wirkung für Alle ein. Nicht entgegen steht § 356: denn er ist nur dispositiv, und in der Verabredung des Gesammtgläubigerverhältnisses ist wohl als selbstverständlich enthalten anzusehen, daß die volle Verfügungsbefugniß des Einzelnen sich auch auf den Rücktritt bezieht.

§ 357. Rosenberg, Jherings J. **43** 289: Die Ausübung dieses Rücktrittsrechts ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger in Annahmeverzug geräth.

OLG. **2** 217 (KG.): Während die Rücktrittserklärung auch durch Zustellung der Klagschrift erfolgen kann (vgl. oben zu § 349), erfolgt die Aufrechnung nicht schon durch Ankündigung derselben in der Klagebeantwortung, sondern erst durch Vertrag in der späteren Verhandlung; siehe unter § 388.

Ebenso Kiehl, Gruchots Beitr. **45** 763, der weiter ausführt 754, 760 f.: Im Zweifel hat das Rücktrittsrecht des Vermiethers — verabredet für den Fall der Nichtzahlung der Miethe am Quartalstage — den Verzug des Miethers zur Voraussetzung; — der Rücktritt des Vermiethers auf Grund der Exmissionsklausel ist technisch Kündigung, nicht Rücktritt: trotzdem muß § 357 wie der mit ihm in innerem Zusammenhange stehende § 360 auch auf diesen Fall — einseitige Vertragsauflösung mit Wirkung ex nunc — Anwendung finden; §§ 357, 554 Abs. 2 beschränken § 389 im Interesse der Rechtssicherheit; siehe unter § 389.

Auch der Miether, der gegen den auf Räumung klagenden Vermiether aufrechnen will, muß die Erklärung dem Rücktritt unverzüglich folgen lassen. Eine unverzügliche Erklärung ist es aber nicht, wenn er sie erst in der Verhandlung vom 10. 4. abgiebt, während die Klage am 20. 3. zugestellt ist. Es ist unerheblich, daß bereits die Klagebeantwortung vom 21. 3. ankündigte, daß eine Gegenforderung erhoben und zur Verrechnung gestellt werden würde. Der § 554 Abs. 2 ist wegen der Rechtsgleichheit auch dann heranzuziehen, wenn sich der Vermiether das Rücktrittsrecht auch schon für den Fall einmaligen Verzugs vorbehalten hat. OLG. **2** 217 (KG.).

§ 359. Rehbein II 256: Das Reugeld ist grundsätzlich Entgelt für willkürlichen Rücktritt: bei gesetzlich berechtigtem Rücktritte wird das Reugeld nicht verwirkt. 255: da § 355 Erklärung des Rücktritts fordert, kann darin allein, daß der Berechtigte sich zur Erfüllung außer Stande setzt, z. B. darin, daß der Verkäufer, der gegen Reugeld zurücktreten kann, anderweit verkauft, der Rücktritt nicht gefunden werden. — S. auch oben zu § 342 **RG.** a. a. O.

Mit der dem anderen Theile zugegangenen und nicht zurückgewiesenen Rücktrittserklärung löst sich das Verhältniß auf. Der Schuldner des Reugeldes ist nicht mehr imstande, seine etwaige Befugniß zur Anfechtung der Klage auf dessen Zahlung entgegenzustellen. OLG. Breslau, R. **02** 323 Nr. 1565.

§ 360. 1. Kisch, Iherings J. **44** 135: Daß sich der eine Theil für den Fall etwaiger Vertragsverletzungen des anderen die Befugniß zum Rücktritt und zugleich einen Entschädigungsanspruch vorbehalten kann, ist keine Ausnahme von dem Satze, daß der Gläubiger, welcher Schadensersatz verlangt, seinerseits die Gegenleistung bewirken muß. So ist in den Fällen der §§ 360 f. zwar im Zweifel die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs ausgeschlossen, es kann aber wohl dem Sinne der Abmachungen entsprechen, daß der Gläubiger trotz seines Rücktritts Ersatz des ihm aus der Vertragsauflösung erwachsenden Schadens verlangen kann; so in einer Reihe gemeinrechtlicher Entscheidungen.

Ein Vermiether, der die verspätete Zahlung des Miethzinses annimmt, ohne sich dabei das vertragsmäßige Kündigungsrecht (Exmission) vorzubehalten, verzichtet damit auf Geltendmachung. Der Fall liegt anders als bei der Vertragsstrafe, wo der einseitige Anspruch auf Zahlung ohne Weiteres durch die Säumniß des Schuldners begründet wird, worüber dieser nicht im Zweifel sein kann, während es hier noch eines Willensaktes des Vermiethers bedarf, um das Miethverhältniß aufzuheben. Der Miether muß wissen, woran er in dieser Beziehung ist, und der Vermiether darf ihn nicht darüber beliebig lange im Ungewissen halten. OLG. Hamb. und **RG.** Seuff. A. **57** 53 ff. Vgl. auch o. zu § 357.

2. Rosenberg, Iherings J. **43** 290: Die Rücktrittsberechtigung tritt nicht ein, wenn die Nichterfüllung bzw. die nicht rechtzeitige Erfüllung in dem Verzuge des Gläubigers ihren Grund hat.

OLG. Celle, Seuff.A. **56** 445: § 360 hat auch die Fälle im Auge, daß der Schuldner mit der Erfüllung in Verzug geräth.

3. Vgl. OLG. Hamb., Seuff. Bl. **57** 53; dazu Rehbein II 254.

§ 361. 1. Bendix, Privatr. 342: Nicht alle gegenseitigen Verträge, in welchen dem einen Theile zur Erfüllung eine bestimmte Zeit oder Frist gesetzt ist, gelten als Fixgeschäfte, sondern nur diejenigen, für welche die Innehaltung dieser Zeit oder Frist einen wesentlichen Bestandtheil (essentiale) seiner Leistung bilden soll (ROHG. **9** 406, **13** 168, **RG. 1** 241, **6** 26). Die bloße Abrede der Lieferung „sofort" (ROHG. **20** 236), „binnen kürzester Frist" (ROHG. **3** 288), „binnen 5 höchstens 6 Wochen" (ROHG. **5** 437) genügt hierfür nicht, ebensowenig die Thatsache allein, daß ein Theil oder beide Theile an der rechtzeitigen Erfüllung ein erhebliches Interesse haben, oder daß der zu liefernde Gegenstand täglichen Preisschwankungen unterliegt (ROHG. **7** 260). Erforderlich ist vielmehr die Vereinbarung, die, weil formlos gültig, auch stillschweigend erfolgen kann, daß die Leistung des einen Kontrahenten genau (präzis) zu einer fest bestimmten Zeit oder innerhalb einer fest bestimmten Frist bewirkt werden soll (**RG. 36** 84). Ebenso **RG. 51** 347, Gruchots Beitr. **46** 902, JW. **02** Beil. 247. Es muß vereinbart sein, daß die Leistung genau zu einer fest bestimmten Zeit oder innerhalb einer fest bestimmten Frist geschehen solle; die Einhaltung der Zeit oder Frist muß ein wesentlicher Bestandtheil der Leistung sein; es muß ein Fixgeschäft geschlossen sein (§ 376 HGB.).

OLG. Jena, ThürBl. **27** 342: Vereinbarung der Abgangszeit der verkauften Waare ist zwar kein Fixgeschäft, doch kann der Käufer im Falle der Unrichtigkeit der Angabe der Abgangszeit die zu spät abgelieferte Ladung ablehnen.

2. OLG. Breslau, R. **6** 587: Die Behauptung eines Fixgeschäfts ist die Geltendmachung besonderer Befugnisse; der Theil ist beweispflichtig, der die Abweichung von der gesetzlichen Regel für die Leistung behauptet.

3. Rehbein II 257: Wenn mit Ablauf der Zeit die Erfüllung objektiv keine Erfüllung ist (Miethe eines Fensters für einen Festzug), so ist diese objektive Unmöglichkeit der Erfüllung nach §§ 323 ff., nicht nach § 361, zu beurtheilen.

Dritter Abschnitt.

Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Erster Titel.

Erfüllung.

§ 362. 1. Manigk, Anwendungsgebiet: Erfüllung ist Rechtsgeschäft, vgl. § 181 (d. h. eine vom objektiven Rechte normirte juristische Handlung, durch die der Parteiwille seinem Interesse dienende, privatrechtliche Wirkungen verursachen kann), denn der Erfüllende muß den Erfolgswillen haben; weiter muß der Erfüllende seine Erfolgsabsicht erklären (meist konkludent; bei der datio in solutum und bei der Leistung seitens eines Dritten ausdrücklich), wenn die Obligation die Uebertragung eines dinglichen Rechtes zum Inhalte hat, ist die solutio zugleich dinglicher Vertrag und dinglich wirksam (19, 41, 44, 46).

Rosenberg, Iherings J. **43** 211 f.: Die Erfüllung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft des Schuldners (arg. § 305); sie wird auch dann nicht zum Vertrage, wenn sie in der Annahme der angebotenen Sache besteht; hier beruht nur die Uebereignung auf Vertrag; vgl. Iherings J. **17** 261.

2. a) Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung; Zahlung setzt nothwendig Existenz der zu erfüllenden Verbindlichkeit voraus; diese Verbindlichkeit kann freilich eventuell erst bei der Zahlung durch konstitutives Anerkenntniß neu geschaffen sein (28 ff.)

Der reinen Zahlung ist wesentlich ein deklaratorisches Schuldanerkenntniß des Zahlenden, das die Beweislast bezüglich der Schuld im Rückforderungsprozeß umkehrt und dem Zahlenden aufbürdet (32 ff., 39, 40).

Das BGB. hat die vom bisherigen Rechte an die reine Zahlung geknüpften Präsumtionen bis auf eine fallen lassen, nämlich bis auf die praesumtio jusis et de jure, daß der wissentlich eine Nichtschuld Zahlende schenken, jedenfalls sich eines Rückforderungsrechts begeben wolle (§ 814). Im Uebrigen stellt es implizite (in den §§ 812 und 814) sogar die einfache Rechtsvermuthung auf, daß der den äußeren Umständen nach eine bestimmte, jedoch nicht bestehende Verbindlichkeit Zahlende diese Verbindlichkeit als bestehend ansah und wirklich nur sie zahlen, also nicht schenken oder konstitutiv anerkennen wolle. Es bedarf, auch wenn feststeht, daß der Zahlende trotz vorhandener Zweifel zahlte, noch des Beweises eines eventuellen Schenkungs- oder konstitutiven Anerkenntniß-Willens bei dem Zahlenden, sowie eines entsprechenden Vertragswillens bei dem Zahlungsempfänger, um die Rückforderung auszuschließen (38 ff.).

Vorbehaltszahlung ist nicht Zahlung unter Resolutiv- oder Suspensivbedingung oder unter der conditio juris des Bestehens der Schuld, auch nicht Zahlung unter Abschluß eines Vertrags irgend welcher Art (z. B. über die eventuelle Rückzahlung), sondern Zahlung unter Abgabe der einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung des Vorbehalts, die das der reinen Zahlung wesentliche, die Beweislast im Rückforderungsprozeß umkehrende deklaratorische Schuldanerkenntniß und die Annahme der Voraussetzungen des § 814 ausschließt (10 ff., 27 ff., bes. 39, 47 ff.).

Der Vorbehalt ist keine protestatio facto contraria, vielmehr die Vorbehaltszahlung keine reine Zahlung (41 ff.).

Vorbehaltszahlung ist keine vollständige Erfüllung.

Spontane Vorbehaltszahlung (d. h. die nicht zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolgende) darf zurückgewiesen werden (ebenso Rosenberg, Jherings J. 43 178); nur Zurückweisung nicht spontaner (d. h. zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolgender) Vorbehaltszahlung erzeugt mora creditoris, §§ 4, 5.

b) Rehbein II 270: Vorbehalt im Sinne der Verwahrung dagegen, daß man schulde, nimmt der Leistung den Charakter der Erfüllung; sie tilgt nicht, weil sie nicht tilgen will; sie befriedigt den Gläubiger nicht, weil sie behauptet, daß der Gläubiger ohne causa erhält, was ihm geleistet wird. Daraus folgt nothwendig, daß der Gläubiger solche Leistung nicht anzunehmen braucht, — wenn er sie aber annimmt, sie als Leistung ohne causa annimmt und deshalb der Rückforderung gegenüber den Grund dafür, daß er sie behalten darf, ebenso beweisen muß, wie bei der condictio causa data non secuta.

c) Stölzel, Schulung (3) II 186 ff.: Es darf als allgemeine Regel die Pflicht des Gläubigers zur Annahme einer mit Vorbehalt angebotenen Zahlung behauptet werden. Bei der condictio indebiti trifft den Kläger der Beweis der Nichtschuld deshalb, weil er durch bedingungslose Zahlung die Schuld anerkannt hat; die Zahlung mit Vorbehalt hingegen hat gerade den Zweck, eine Schuldanerkennung auszuschließen; der Parteistreit über das Bestehen der Schuld soll dahingestellt bleiben, und deshalb soll auch bezüglich der Frage, wer die Existenz der Schuld zu beweisen hat, durch die Zahlung mit Vorbehalt nichts geändert werden (vgl. OLG. Breslau, R. 6 587).

Durch die mit Vorbehalt geleistete Zahlung ist der Anspruch des Gläubigers auf Zahlung getilgt; nur was bei der vorbehaltslosen Zahlung neben dieser materiellen Tilgungswirkung hergeht — die Anerkennung der Schuld — fehlt bei der mit Vorbehalt geleisteten Zahlung. Die Folge davon ist, daß selbst-

verständlich durch Annahme einer solchen Zahlung die Forderung mit allen ihren Akzessorien untergeht, daß also Bürgen und Pfänder bedingungslos frei werden.

Die Zahlung ohne Schuldanerkennung muß scharf geschieden werden von derjenigen Vorbehaltszahlung, welche mit Schuldanerkennung erfolgt, z. B. „unter der Voraussetzung sollst du hiermit bezahlt sein, daß mich in den nächsten acht Tagen meine Wechselgläubiger nicht drängen"; es sei gestattet, diejenige Zahlung, bei der der Vorbehalt des Bestehens der Forderung gemacht wird, Eventualzahlung — im Gegensatze zur Definitivzahlung — zu nennen. — Der Einwand der Eventualzahlung ist seiner Natur nach stets mit mindestens einem anderen Vertheidigungsmittel des Beklagten kumulirt, entweder mit dem Bestreiten der Klagethatsachen oder mit einem weiteren Einredevorbringen.

Wer sich auf eine unbestrittene Eventualzahlung stützt, hat nicht bedingt oder eventuell exzipirt, sondern bedingt oder eventuell gezahlt. Er macht eine (zulässige) definitive, nicht eine (unzulässige) bedingte oder eventuelle Einrede geltend, nicht eine Einrede, der erst dann eine klagezerstörende Wirkung zukäme, wenn die Frage entschieden wäre, ob der Vorbehalt mit Recht oder mit Unrecht gemacht ist; die Eventualzahlung schließt die Möglichkeit, den Beklagten zur Zahlung zu verurtheilen, unbedingt aus, — die Entscheidung kann (und muß deshalb) unter Beiseitelassen der Frage gegeben werden, ob der Klageanspruch besteht.

d) OLG. Breslau, R. 6 587 Nr. 2653: Eine vorschußweise oder bedingt bezw. mit Vorbehalt bewirkte Leistung führt vor dem Eintritte der Berechtigung auf die Leistung nicht zum Erlöschen des Schuldverhältnisses. Dem Rückforderungsanspruche gegenüber hat der Leistungsempfänger seine Berechtigung darauf nachzuweisen.

3. Rosenberg, Beweislast, 80 ff.: Der Schuldner hat stets Erfüllung zu beweisen, namentlich auch dann, wenn der Gläubiger die gesetzlichen oder vertragsmäßigen Folgen der Erfüllung geltend macht, so in BGB. §§ 286, 295, 326, 345, 358, 360, 361, 542, 554, 636, 642. Ausnahme § 363.

4. Rehbein II 262: Das BGB. sagt über den concursus duarum causarum lucrativarum nichts. Ein allgemeiner Rechtssatz dafür, daß das Schuldverhältniß erlischt, wenn der Gläubiger auf einem anderen Wege, als durch die Leistung des Schuldners erhält, was er zu fordern hat, läßt sich für das BGB. so wenig aufstellen, wie für irgend ein Recht. Für generische Leistungen kann davon überhaupt nicht die Rede sein. Wo das Schuldverhältniß auf eine Spezies geht, kann Leistung durch einen Anderen als den Schuldner diesem die Leistung unmöglich machen. Das kann bei unentgeltlichen und entgeltlichen Verträgen, bei Sachen und Handlungen eintreten, aber von Aufhebung des Schuldverhältnisses durch Befriedignng, Erfüllung ist nicht zu reden.

Strohal, Erbrecht 145: Bei der Beurtheilung des Sachverhalts, daß der Gläubiger aus einem Verschaffungsvermächtnisse — § 2169 — den geschuldeten Gegenstand in anderer Weise oneros oder lukrativ erwirbt, handelt es sich um ein Problem des Obligationenrechts. Voraussichtlich wird man sich auch hier den Gedanken nicht ganz verschließen können, aus welchen die Lehre vom concursus d. c. l. herausgewachsen ist.

5. Rehbein II 274: Das BGB. schweigt über das Institut des solutionis causa adjectus; nach seinen allgemeinen Grundsätzen ist die vertragsmäßige Einräumung des Rechtes, durch Leistung an einen Dritten zu erfüllen, zulässig. Das Recht ist vererblich; der Dritte ist nur Empfangsberechtigter, nicht Gläubiger.

§ 363. Werner, R. 4 305: Besitznahme ist noch nicht Erfüllungsannahme, siehe o. zu § 293 Ziff. 2.

Lehmann, DJZ. 7 493: „Abnahme" als Erfüllung.

RG. 47 124: Bei vereinbarter Provenienz der Waare wird man — mangels einer den Nachweis der Provenienz betreffenden Vereinbarung oder Usance — dem Käufer vorbehaltlich eines von ihm zu führenden Gegenbeweises den Empfang einer Waare zumuthen müssen, welche nach äußerer und innerer Beschaffenheit die zugesagte Herkunft haben **kann**.

Rehbein II 283: Die einfache Annahme „unter Vorbehalt" genügt zur Ausschließung der Anwendung des § 363 nicht. Der Vorbehalt hat wohl nach §§ 464, 640 Abs. 2 Bedeutung, aber nicht für die Beweislast.

§ 364. 1. Lucas, Ueber den Tausch 62: Die Leistung an Erfüllungsstatt ändert nichts an dem Charakter des Geschäfts, dessen Erfüllung in Frage steht.

OLG. Stuttg., WürttJ. **12** 211 f.: Ueber die Beweispflicht des Gläubigers, der Waaren des Schuldners mit der Verpflichtung, sie bestmöglich zu verkaufen, zahlungshalber übernommen hat, siehe o. zu § 305 Ziff. 2.

2. a) Rehbein II 292: In der Frage der datio in solutum bei Hingabe und Annahme von Wechseln ist durch das BGB. an dem Standpunkte, den die neuere Theorie und konstante Rechtsprechung einnahmen, nichts geändert. Der Wechsel ist weder Geld noch ein geldgleiches Papier, sondern ein besonders geartetes abstraktes Schuldversprechen. Er ist kein Zahlungsmittel, kann ein solches aber indirekt dadurch werden, daß er die Zahlung von Geld vermittelt. Als **Tilgungsmittel** dient er in der **Form des Rechtsgeschäfts** der d. i. s. oder der Novation.

b) OLG. Darmstadt, HessR. **00** 122: Hat der Schuldner dem Gläubiger ohne dessen Verlangen und ohne jegliche Vereinbarung ein Wechselakzept zur Tilgung einer Schuld zugesandt, so kann der Gläubiger ohne Rücksicht auf das Akzept die Forderung einklagen. Durch sein Stillschweigen wird der Gläubiger, der von dem Wechsel keinen Gebrauch macht, nicht verpflichtet. Sache des Schuldners ist es, unter Angebot der schuldigen Summe das Akzept zurückzufordern. Uebereinstimmend OLG. Bamberg, Seuff. A. **57** 448: Die Hingabe eines Wechsels an Zahlungsstatt geschieht äußerst selten; vielmehr ist es allgemein geschäftsüblich, daß die Wechsel nur zahlungshalber gegeben werden. Die Hingabe an Zahlungsstatt wird daher nicht vermuthet, sondern es ist feststehender Rechtsgrundsatz, daß ohne die ausdrückliche Vereinbarung oder den deutlich erkennbaren Willen, der Wechsel solle an Zahlungsstatt gegeben und genommen werden, die Hingabe und Annahme des Wechsels, die Schuld nicht tilgt. Die Annahme des Wechsels an Zahlungsstatt hat der Schuldner zu beweisen. Selbst wenn der Gläubiger den Wechsel angenommen und erklärt hätte, er habe den Wechsel als Zahlung genommen, oder sogar, er habe das Konto des Schuldners ausgeglichen, ja selbst, wenn er den Wechsel als Zahlung verbucht hätte, würde ohne weitere Willenskundgebungen immer noch keine Annahme an Zahlungstatt erwiesen sein, weil die Vermuthung dafür streitet, daß der Wechsel nur zahlungshalber genommen ist.

RG. SächsA. **10** 239: Ist ein Wechsel zahlungshalber hingegeben, so hat der Empfänger, solange er den Wechsel in seinen Händen hat, die Interessen seines Schuldners hinsichtlich des Wechsels wahrzunehmen, insbesondere den Wechsel und die Wechselforderung in ihrem rechtlichen und thatsächlichen Bestande zu erhalten und die Einziehung des Wechsels zu versuchen. Dem Wechselnehmer liegt bei unterlassener rechtzeitiger Präsentation der Beweis ob, daß dieselbe, wenn geschehen, keinen Erfolg gehabt hätte. Hat der Wechselempfänger seine Pflichten nicht erfüllt, so kann er nicht mehr den Anspruch aus dem zu Grunde liegenden Geschäfte geltend machen. Vgl. LG. Kaisersl., R. **5** 291.

3. a) Rehbein II 293, 297: Der wenig glücklich formulirte Abs. 2 des § 364 unterstellt, — wodurch der Unterschied zwischen datio in solutum und Novation verwischt ist, — daß d. i. s. vorliegen **kann**, wenn der Schuldner

eine neue Verbindlichkeit an Stelle der alten übernimmt. In Wahrheit ist dies ein Fall der im BGB. nicht besonders geregelten Novation, wenn durch die neue die alte Verbindlichkeit beseitigt werden soll; denn Befriedigung durch Leistung erhält der Gläubiger nicht und der Schuldner bleibt Schuldner. Ackermann, Gruchots Beitr. **44** 580: Die neue Verpflichtung hebt die frühere Verbindlichkeit nach den Grundsätzen der datio in solutum nur dann auf, wenn Gläubiger und Schuldner darüber willenseinig sind, daß die neue Verpflichtung an Erfüllungsstatt eingegangen und angenommen worden ist. Als Regel dagegen gilt, daß die neue Verbindlichkeit der früheren auf denselben Gegenstand einfach hinzutritt, die frühere unverändert bestehen bleibt, der Gläubiger die Wahl hat, ob er aus der ersten oder der zweiten Verbindlichkeit oder aus beiden zugleich seinen Anspruch erheben will, und daß die Aufhebung der einen durch Erfüllung auch die andere aufhebe. Dagegen Binder, Beitr. **02** 48, der es für gleichgültig hält, ob die Gegenstände identisch sind oder nicht.

b) Zur Hingabe und Annahme einer anderen als der geschuldeten Geldleistung an Zahlungsstatt kann unbedenklich auch die Uebertragung einer Forderung dienen, insbesondere auch die des Anspruchs aus einer Lebensversicherungspolice, dazu gehört aber, daß die Parteien sich über den nach den Grundsätzen der Lebensversicherung feststellbaren Werth der Police zur Zeit ihrer Abtretung einigen oder der Erwerber mit der Zahlung der Prämien das Risiko übernommen und seine Forderung gegen die Uebertragung der Police aufgiebt. Ein solches Abkommen kann aber nicht in einem Vertrage gefunden werden, in dem jemand seine Schuld aus dem Kontokorrentverkehr anerkennt, sich zu zahlen außerstande erklärt, seine Lebensversicherungspolice abtritt und die halbjährlich zu zahlenden Prämien zu zahlen verpflichtet, während der Gläubiger sich verpflichtet, gegen Erfüllung dieser Verpflichtung seine Kontokorrentforderung nicht geltend zu machen. Hier handelt es sich nur um einen gegenseitigen Vertrag, durch den ohne wirkliche Befriedigung des Gläubigers die Tilgung seiner Schuld erst herbeigeführt werden soll. JW. **02** Beil. 254. Vgl. auch Rehbein II 291.

RG. 51 75, JW. **02** Beil. 230: Ausübung der sog. facultas alternativa ist Erfüllung, nicht Leistung an Erfüllungsstatt. (Es waren Kuxe unter Ueberreichung der Kuxscheine behufs Befriedigung wegen der darauf haftenden Zubußen zur Verfügung gestellt worden. Es wurde angenommen, daß damit die Verpflichtung zur Zahlung der Zubuße erfüllt sei, daß also nicht Leistung an Erfüllungsstatt vorliege; denn obwohl es sich nicht um eine eigentliche Alternativobligation im Sinne des § 262 handelte, da in Wahrheit nur eine Leistung, die Zubußen, geschuldet werden, so ergebe doch der § 130, Allg. Bergges., daß die Gewerke die wahlweise Leistungsbefugniß, facultas alternativa, d. h. die Befugniß haben, sich durch eine andere Leistung als die ursprünglich geschuldete von ihrer Verpflichtung zu befreien).

4. Kohler, Handb. d. Patentr. 662: Ist die Patentsteuer gezahlt worden, so kann die Möglichkeit, die angenommene Zahlung zu beanstanden, die zur Ruhe gebrachte auflösende Bedingung (der Nichtzahlung) nicht mehr aufrühren.

§ 366. 1. Rehbein II 282: § 366 setzt freiwillige Zahlung voraus; in der Zwangsvollstreckung muß die Vertheilung des Erlöses pro rata der Forderungen erfolgen.

2. Rehbein II 280 — übereinstimmend mit Dernburg II[1] 265, aber gegen Planck, Staudinger, Oertmann —: Ist die Abrechnung durch Vertrag der Parteien vor der Leistung bestimmt, so ist abweichende Bestimmung durch den Schuldner bei der Leistung nicht Ausübung seines Rechtes aus § 366 Abs. 1, durch welche die vertragswidrig bestimmte Schuld getilgt wird,

sondern Vertragsverletzung, durch die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Schuldner kein Recht erlangen, der Gläubiger sein Recht auf die vertragsmäßige Anrechnung nicht verlieren kann; der Gläubiger wahrt sich sein Recht durch Ablehnung der Annahme oder Annahme unter Vorbehalt, Verwahrung, Protest. Vgl. OLG. Karlsr., BadRspr. **02** 190.

Das dem Schuldner nach § 366 Abs. 1 zustehende Bestimmungsrecht schließt zwar aus, daß der Gläubiger, der die Leistung thatsächlich annimmt, sich wörtlich mit Erfolg gegen die vom Schuldner bestimmte Verrechnungsart zu verwahren vermag. Dagegen wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Schuldner einen vom Gläubiger beim Empfang der Leistung ausgehenden Vorschlag anderweiter Verrechnung, sei es auch durch schlüssige Handlungen, annimmt. OLG. Colmar, R. **5** 618 Nr. 2602.

3. In Niendorffs Miethrecht (2) 136 wird darauf hingewiesen, daß der § 366 nicht, wie das bisherige Recht, von mehreren Schuldposten, sondern von Leistungen aus mehreren Schuldverhältnissen spricht. Der Miether, der mit mehreren Miethsraten im Rückstand ist, verschuldet aber Leistungen aus demselben Schuldverhältniß und kann deshalb, wenn er eine den Rückstand nicht deckende Zahlung leistet, nicht gemäß § 366 die Miethsrate bestimmen, welche er durch die Zahlung tilgen will. Vielmehr liegt eine Theilzahlung vor, und der Vermiether kann bestimmen, ob und auf welche Schuld er sie annehmen will.

4. **RG.** JW. **01** 18 (vgl. Rehbein II 281): Nach ständiger Rechtsprechung vor dem 1.1.00 hat der klagende Gläubiger, welcher behauptet, daß eine eingewendete Zahlung sich nicht auf die im Prozesse befangene, sondern auf eine andere ihm gegen den Beklagten zustehende Forderung beziehe, nur das Bestehen dieser anderen Forderung nachzuweisen, während der Schuldner, falls dieser Nachweis geführt ist, beweisen muß, daß die andere Forderung schon früher getilgt oder daß die Forderung gerade auf die eingeklagte Forderung geleistet oder nach dem Gesetze zu verrechnen sei.

5. Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren vor dem 1. 1. 00 entstandenen Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet, und reicht das von ihm nach dem 1. 1. 00 Geleistete nicht zur Tilgung sämmtlicher Schulden aus, so ist die Frage der Umrechnung nach dem BGB. zu entscheiden. OLG. Celle, R. **6** 325 Nr. 1597.

§ 367. OLG. **1** 197 (Königsb.): Der der armen Partei zugeordnete Gerichtsvollzieher darf nicht vorweg seine Gebühren abziehen, wenn der vom Gegner beigetriebene Betrag nur einen Theil der der armen Partei zustehenden Forderung darstellt. Die Vorschrift regelt lediglich das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner. Der Fall, daß ein Dritter ein selbständiges Recht auf Kosten hat, wird nicht berührt.

§ 368. 1. Collatz, Jherings J. **40** 135 ff. führt aus, daß die Quittung stets — gleichviel, ob sie als reine Befriedigungserklärung oder als Befriedigungserklärung mit Angabe eines Tilgungsgrundes oder als reines Empfangsbekenntniß gefaßt ist, — ein negativer Anerkenntnißvertrag im Sinne des § 397 Abs. 2 ist; vgl. Rehbein II 289: Ob die Quittung ein Anerkenntniß im Sinne des § 397 Abs. 2 ist, ist durch Auslegung unter freier Würdigung aller Umstände zu finden.

2. Rehbein II 284: Der Anspruch auf Quittungsleistung und Herausgabe des nach § 952 dem Gläubiger gehörigen Schuldscheins ist ein persönlicher, obligatorischer Anspruch aus der Erfüllung, nicht aus dem Schuldverhältniß; er kann nachträglich geltend gemacht werden; er entfällt gemäß §§ 242, 226 für sofortige Baarzahlungen im Kleinhandel. — Gegen die Quittung genügt der Beweis, daß zur Zeit der Quittung nicht geleistet ist, nicht; es muß der Beweis hinzukommen, daß in Erwartung der Leistung quittirt und daß die Leistung demnächst nicht erfolgt ist, 288.

Busch, DJZ. 7 307: Zu den konnexen Gegenansprüchen gehört auch der Anspruch auf Quittungsleistung gemäß §§ 368, 369, sowie der Anspruch auf die Rückgabe des Schuldscheins gemäß § 371. Diese Gegenansprüche sind aber nicht geeignet, gegenüber der Klage aus § 257 CPO. ein Zurückbehaltungsrecht zu begründen, weil ihnen hier das Erforderniß der Fälligkeit fehlt.

3. OLG. Marienw., Seuff. A. 56 364: Aus einem auf dem Wechsel vom Indossatar unterzeichneten Quittungsvermerke „Betrag erhalten" folgt keineswegs ohne weiteres, daß die Zahlung von dem oder für den Akzeptanten geleistet sei. Irgend eine diesbezügliche Vermuthung ist aus dem Mangel eines entgegenstehenden Zusatzes nicht begründet. Vielmehr hat derjenige, der sich auf die Zahlung als für ihn oder von ihm geschehen beruft, dies zu beweisen.

4. Schultzenstein, DJZ. 7 517 über den Begriff „rechtliches Interesse".

5. Martinius, DJZ. 5 138 über die Form der sog. löschungsfähigen Quittung ohne Verstoß gegen § 1163 Abs. 1 Satz 2.

§ 369. Börsenblatt für den Buchhandel 00 9764: Der Schuldner, der eine Geldleistung absendet und darüber vom Gläubiger quittirt haben oder den Schuldschein zurückhaben will, muß die Kosten der Ausstellung und Uebersendung der Quittung und der Rücksendung des Schuldscheins dem Schuldbetrage gleich im Voraus beifügen.

Magendantz, JW. 01 387: Der Schuldner hat die Quittungsmehrkosten zu tragen, wenn der Notar sich behufs Beglaubigung der Unterschrift des kranken Gläubigers in dessen Wohnung begeben muß. Ebenso LG. Berlin, KGBl. 03 46. Vgl. auch OLG. 6 271 (Hamb.)

§ 370. Bendix, Privatr. 396 und Rehbein II 272: Ein unausgefülltes Blankett (ROHG. 11 32) ermächtigt zur Empfangnahme der Leistung nicht.

Rosenberg, Beweislast 127: Daß dem Schuldner diese Umstände bekannt waren, muß der Gläubiger beweisen; vgl. §§ 1058, 1248, 1319.

§ 371. 1. OLG. Jena, ThürBl. 29 192: Der Hinterlegungsschein ist ein Schuldschein im Sinne des § 371, nicht eine bloße Quittung.

2. Jacobi, Werthpapiere: Herausgabe des Werthpapiers durch den Gläubiger an den Schuldner, der behauptet, erfüllt zu haben, ist die Erklärung des Gläubigers, daß richtig erfüllt sei (126—127). — Satz 2 gilt nicht bei Werthpapieren (121—126). Zur Klagebegründung gehört die — eventuell stillschweigend aufzustellende Behauptung, daß der Kläger das Papier besitze. Die Behauptung des Beklagten, daß der Kläger das Papier nicht besitze, ist Leugnen des Klagegrundes, nicht Einwand (131).

3. OLG. 4 142 (KG.): Blieb der Beklagte, wiewohl alle dem Kläger obliegenden Verpflichtungen erfüllt waren, im Besitze der vollstreckbaren Ausfertigung, so bestand für den Kläger fortgesetzt die Gefahr, daß mit Zwangsvollstreckungsmaßregeln gegen ihn vorgegangen würde und er dann den vielleicht wegen Länge der verflossenen Zeit schwierigen Beweis der Tilgung oder Aberkennung des Anspruchs des Beklagten führen müßte. Einen Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung hat der Schuldner nicht nur nach § 757 CPO. gegen den die Zwangsvollstreckung ausführenden Gerichtsvollzieher, sondern auch gegen den befriedigten Gläubiger selbst, wie aus dem bürgerlichen Rechte (vgl. § 371 BGB., § 125 ALR. I. 16) zu entnehmen ist. — A. A. OLG. Marienw., Seuff. A. 37 478.

Zweiter Titel.

Hinterlegung.

§ 372. 1. a) Mühsam, Die gerichtliche Hinterlegung (1900): Kostbarkeiten sind nicht nur Gegenstände aus werthvollem Material oder von besonderem

Kunstwerthe, sondern auch Gegenstände, die durch ihre Bestimmung Werth erhalten, z. B. Schlüssel (46, 50 Anm. 46). — Ein „anderer in der Person des Gläubigers liegender Grund" liegt auch dann vor, wenn die Forderung mit Beschlag belegt ist (28). — Der Schuldner kann seine Verbindlichkeit mit Sicherheit erfüllen, wenn der abwesende Gläubiger einen zum Zahlungsempfange legitimirten Vertreter zurückgelassen hat (27). — Die Hinterlegungsbefugniß ist aber noch nicht bei einer nur augenblicklichen Abwesenheit des Gläubigers gegeben, z. B. wenn sich letzterer gerade auf dem Felde befindet; in diesem Falle muß der Schuldner eine Erklärung zurücklassen, wann er wiederkommen werde, und erst, wenn er den Gläubiger dann nicht antrifft, kann er hinterlegen (27). — Betreffs der Ungewißheit über die Person des Gläubigers ist der Fall hervorzuheben, daß mehrere Zessionare, über deren Berechtigung noch nicht entschieden ist, vom Schuldner Zahlung verlangen (31). — Dem Schuldner liegt der Beweis ob, daß die Ungewißheit nicht auf Fahrlässigkeit beruhte (32). — Der zwischen Schuldner und Hinterlegungsstelle geschlossene Verwahrungsvertrag ist ein Vertrag zu Gunsten des Gläubigers. Letzterer erwirbt ein eigenes Recht auf Herausgabe der hinterlegten Sache. Dieses Recht entsteht, sobald die Rücknahme der Sache ausgeschlossen ist (69).

b) Beer, Die Hinterlegung zum Zwecke der Befreiung von Schuldverbindlichkeiten nach dem Rechte des BGB. (1900): Die Hinterlegung begründet ein priatrechtliches Vertragsverhältniß zwischen Hinterleger und dem durch den Hinterlegungsvertrag (Vertrag sui generis) Berechtigten. Der Hinterlegungsvertrag ist ein Realvertrag zu Gunsten des Gläubigers (43—79).

Nur der Schuldner ist zur Hinterlegung berechtigt, nicht ein Dritter ohne Vertretungsmacht (Ausnahmen: §§ 268, 1142, 1150, 1171, 1224, 1249). (7—10.) Unter „Geld" ist zu verstehen: Geld in wirtschaftlichem Sinne (13). Auch die auf rechtlichen Zweifeln beruhende Ungewißheit über die Person des Gläubigers ist ein Hinterlegungsgrund (21 ff.); vgl. dazu LG. Dresden, R. 5 434.

2. Kohler, Gläubigerverzug, A.bürgR. **13** 209 ff. u. Zwölf Studien III 169 ff.: Die Hinterlegung ist dinglich eine Traditionsofferte (bzw. bei irregulärem Depositum eine Cessionsofferte), mit deren Annahme der Gläubiger die actio depositi wie die rei vindicatio (auch gegen Dritte) erwirbt, — das Eigenthum der Sache ist dem Gläubiger mit allen nunmehr erwachsenden Nutzungen verfangen und durch die Innehabung des Depositums gesichert. — Die dingliche Wirkung tritt ein, auch wenn Annahmeverzug nicht vorhanden war, auch wenn die Schuld nicht existirt, und auch wenn die Hinterlegung unter einer unberechtigten Beschränkung (vgl. § 373) stattfand; die obligationszerstörende Wirkung tritt in diesen Fällen nicht ein.

Hellwig, Verträge: Die Hinterlegung ist ein Vertrag auf Leistung an Dritte 444 ff. Anwendungsfälle 443. Der Gläubiger ist unmittelbar ex deposito (nicht aus der zu tilgenden Schuld) berechtigt 446.

Rosenberg, Iherings J. **43** 223 ff.: Durch die Hinterlegung schließt der Schuldner einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten ab, nämlich einen Verwahrungsvertrag zu Gunsten des Gläubigers. Dieser Vertrag bestimmt zunächst das Rechtsverhältniß zwischen dem Schuldner und der Hinterlegungsstelle. Das Recht des Gläubigers ist widerruflich; erst mit den im § 376² bestimmten Voraussetzungen wird es unwiderruflich. Außer dem Falle des § 382 kann der Schuldner trotz der Unwiderruflichkeit die hinterlegte Sache zurücknehmen, wenn der Gläubiger auf die Sache verzichtet oder zum Verzicht verurtheilt wird. Auch das Rechtsverhältniß des Gläubigers zur Hinterlegungsstelle wird durch den vom Schuldner abgeschlossenen Vertrag bestimmt. Das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Gegenstand ist ein selbständiges, kann aber

nach § 373 von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig gemacht werden. Der Gläubiger erwirbt dieses Recht bei Unthunlichkeit der Anzeige in den Fällen des § 376 Z. 2 und 3 ohne sein Wissen und selbst gegen seinen Willen. Die Hinterlegung kann daher keine Traditionsofferte sein. Die Wirkung der Hinterlegung (§§ 378, 379) bestimmt das Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner: Die unwiderrufliche Hinterlegung befreit den Schuldner; solange der Schuldner die hinterlegte Sache zurücknehmen kann, hat er eine aufschiebende Einrede. In diesem Falle werden Bürgen und Verpfänder nicht frei; sie können aber diese Einrede selbst geltend machen (BGB. §§ 768, 1137, 1211). Was die Besitz- und Eigenthumsverhältnisse anlangt, so ist zu bemerken, daß die Hinterlegungsstelle unmittelbarer, der Schuldner mittelbarer Besitzer wird. An dem Eigenthum ändert die Hinterlegung allein nichts. Das Eigenthum geht auf den Gläubiger nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 929 ff.) über. Der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe (§ 931 Abs. 2) gegen die Hinterlegungsstelle bedarf es nicht, wenn die Hinterlegung unwiderruflich geworden ist. Doch muß auch in diesem Falle der Gläubiger den zur Eigenthumsübertragung erforderlichen Willen durch die Annahme erklären. — Auf die Hinterlegung finden die allgemeinen Grundsätze über die Erfüllung Anwendung. Es darf insbesondere kein Theil hinterlegt werden. Wer leisten kann, kann auch hinterlegen, also auch ein Gesammtschuldner (§ 422[1]) sowie namentlich jeder Dritte (anders die gesammte Literatur, deren Gründe eingehend bekämpft werden).

Müller, Iherings J. **41** 411 ff.: Die Hinterlegung ist ein Vertrag auf Leistung an einen Dritten, sie ist keine Offerte (471, 475 ff.); über den Gegenstand der Hinterlegung s. 445 ff.

Rieken, Das Rechtsverhältniß zwischen dem Gläubiger und der Hinterlegungsstelle bei der Hinterlegung (1900) 14 ff.: Die Hinterlegung zwecks Befreiung des Schuldners ist ein Versprechen der Leistung an einen Dritten.

3. Rehbein II 302: Praktische Bedeutung hat die Einreihung der Hinterlegung in die Kategorie der Verträge nach §§ 328 ff. nicht. Einen entscheidenden Unterschied begründet, daß der Gläubiger abweichend von § 333 die Hinterlegung, wenn die Voraussetzungen der Hinterlegung vorliegen, diese und seine Befriedigung, den Effekt der Erfüllung, wider den Willen des Schuldners nicht zurückweisen darf, wenn er auch sein Recht auf das Hinterlegte zu Gunsten des Schuldners, nicht zu seinem Nachtheil, ausdrücklich oder stillschweigend, §§ 382, 1171 Abs. 3, 1269 Satz 3, EG. Art. 145, aufgeben kann.

4. Stammler, Schuldverhältnisse 234, ebenso Meisner, Schuldverhältnisse zu § 372 und **RG. 52** 144, JW. **02** Beil. 253. Eine Verpflichtung des Schuldners zur Hinterlegung erkennt das BGB. nur in besonderen Fällen an (z. B. §§ 432, 1077, 1281), und auch in diesen Fällen nur, wenn der Gläubiger sie verlangt. Zur Hinterlegung braucht sich der Schuldner nicht zu erbieten; er kann abwarten, bis eine solche Leistung von ihm gefordert wird. Vgl. Müller a. a. O. 424 ff. über die Fälle, in denen der Gläubiger Hinterlegung fordern darf (BGB. §§ 432 Satz 2, 1077, 1080, 2114, 1281, 2039, 660 Abs. 2, 52, WechsO. Artt. 73 und 98 Ziff. 9); in diesen Fällen ist nach Hellwig a. a. O. 443 der Schuldner verpflichtet und eventuell entsprechend zu verurtheilen, unter Verzicht auf das Rücknahmerecht zu deponiren, während nach Müller 427 es Sache des Gläubigers ist, durch Erklärung der Annahme die Gefahr der Rücknahme auszuschließen; vgl. Rehbein II 305.

5. **RG. 48** 18, JW. **01** 182, Beil. 76: Das BGB. kennt die Hinterlegung als Erfüllungsmodus nur bei beweglichen Sachen; bei unbeweglichen Sachen kann sich der Schuldner durch einstweilige Verfügung helfen, vgl. auch § 303.

6. Einzelne Fälle:

a) Eine Hinterlegung ist unwirksam, wenn die Auszahlung an eine Bedingung geknüpt ist. ThürBl. **48** 268.

b) Dem Erfordernisse der Bestimmtheit des Klagantrags (bei einer Klage auf Hinterlegung) wird genügt, wenn der Kreis der Berechtigten, zu deren Gunsten sie erfolgen soll, nach rechtlichen Gesichtspunkten bestimmt abgegrenzt wird. Dies ist der Fall, wenn der Kläger Hinterlegung für seine und für Rechnung der anderen aus gewissen Obligationen einer Aktiengesellschaft berechtigten und noch nicht befriedigten Gläubiger verlangt. Gerade für solche Fälle, in denen der Kreis der Berechtigten sich fortwährend ändern kann, in dem die ausgegebenen Obligationen ihre Inhaber wechseln, ist die Hinterlegungsbefugniß des Schuldners das geeignete Rechtsmittel, sich von der Zahlungsverbindlichkeit zu befreien. Allerdings besteht an sich nur die Befugniß des Schuldners, zu hinterlegen. Da aber die Hinterlegung so wirkt wie die Vertragserfüllung, so mutet der die Hinterlegung begehrende Gläubiger dem Schuldner nicht mehr zu, als diesem obliegt, nämlich Vertragserfüllung in Form der Hinterlegung. Der Schuldner darf somit diesem Begehren nicht widersprechen, seine Rechtslage wird durch Hinterlegung in keiner Weise verschlechtert. Sein Recht zur Hinterlegung wird zur Pflicht, wenn der Gläubiger, der Zahlung an ihn allein nicht fordern kann, sich aber mit der Hinterlegung für alle Berechtigte begnügt, diese verlangt und durch sie weder die Rechte des Schuldners noch die der Mitberechtigten beeinträchtigt werden. OLG. Marienw., Seuff. A. **55** 395.

c) **RG. 44** 166: § 372 steht im Einklange mit der herrschenden Meinung, daß nach gemeinem Rechte schon subjektive Ungewißheit über die Person des Gläubigers zur Hinterlegung berechtige.

Rehbein II 307: Es kommt auf die Lage des einzelnen Falles und die Frage an, ob der Schuldner eine verständige Besorgniß haben konnte, die Zahlung werde ihn nicht befreien; vgl. OLG. Hamburg, HansGZ. **02** Beibl. 196; **RG.** JW. **03** Beil. 34, OLG. **6** 56 (Hamb.).

BayrObLG., R. **7** 42: Ungewißheit über die Person des Gläubigers besteht auch dann, wenn ungewiß ist, ob die als Gläubiger in Betracht kommenden Personen Gesammtgläubiger oder nur zu einem Antheile berechtigt sind, auch wenn ungewiß ist, zu welchem Antheile jeder Gläubiger berechtigt ist.

d) OLG. **6** 55 (KG.): Das Aktenstück als solches (Handakten des Rechtsanwalts) ist keine hinterlegungsfähige Urkunde im Sinne des § 87 der preuß. Hinterl.Ord., vielmehr unterliegen nur die einzelnen in dem Aktenstücke enthaltenen Urkunden der Hinterlegung.

Kohler, Handbuch des D. Patentr. 700: Die Handakten des Patentanwalts sind Urkunden im Sinne des § 372.

e) Die Hinterlegung ist nicht zuläßig, wenn die Berechtigung des Gläubigers nicht in Zweifel gezogen werden kann und nur fraglich ist, ob nicht auch ein Dritter einen gleichartigen Anspruch zu erheben berechtigt ist. Württ. J. **13** 280.

§ 373. 1. Kohler, Gläubigerverzug, Zwölf Studien 171: Die Traditionsofferte ist zwar nicht bedingt gemacht, aber doch in der Art, daß sie nur in bestimmter Weise empfangbar ist; es ist wie bei einer Vertragsofferte, die nur durch eine bestimmte Realleistung akzeptirt werden kann.

2. Hellwig, Verträge 446: Würde der Schuldner weitergehende Beschränkungen gemacht haben, so kann der Gläubiger Herausgabe nur unter den festgesetzten Bedingungen verlangen; eine solche weitergehend beschränkte Hinterlegung verleiht aber dem Schuldner die in §§ 378, 379 bestimmten Rechte nicht. Vgl. OLG. Jena, ThürBl. **48** 268 (s. o. zu § 372 unter 6a).

3. Rosenberg, a. a. O.: Eine Gegenleistung liegt nicht nur vor bei gegenseitigen Verträgen, sondern immer dann, wenn der Schuldner für seine Leistung vom Gläubiger etwas verlangen kann, vgl. § 298.

§ 376. 1. a) Hellwig a. a. O. 447 ff.: Zunächst entsteht die Gesammtgläubigerschaft des Hinterlegenden und des Gläubigers. Dieser hat nur ein widerrufliches Recht. Wird es widerrufen, so erlischt es mit rückwirkender Kraft. Rücknahme ist Widerruf.

b) Beer a. a. O. 64 ff.: Das Recht zur Rücknahme ist kein Anspruch im Sinne des § 194, sondern das Recht, die Hinterlegung zu widerrufen; erst durch diesen Widerruf wird ein Anspruch auf Rückgabe gegen die Hinterlegungsstelle begründet. Das Widerrufsrecht wird ausgeübt durch den an die Hinterlegungsstelle zu richtenden Antrag auf Rückgabe.

c) Müller a. a. O. 488 ff.: § 376 Abs. 1 ist nicht sowohl gegen die Hinterlegungsstelle, als vielmehr gegen den Gläubiger gerichtet; der Schuldner ist befugt, das dem Gläubiger aus dem Hinterlegungsvertrag erwachsene Recht willkürlich zu widerrufen und hat dann die freie actio depositi gegen die Hinterlegungsstelle; diese Unterscheidung zwischen Widerrufsrecht gegenüber dem Gläubiger und actio depositi wird bestätigt durch § 382 Halbsatz 2.

2. Rehbein II 318: Im Falle des § 376 Abs. 2 handelt es sich um einen Anspruch auf Eigenthumsübertragung nur, wenn die hinterlegte Spezies an den Gläubiger herauszugeben ist. Dafür kommen die §§ 929 ff., 937 ff. in Betracht. Der Gläubiger kann nicht gezwungen werden, die in dem unwiderruflichen Mandat an die Hinterlegungsstelle enthaltene Abtretungserklärung zu akzeptiren, was wie bei jeder Abtretung erforderlich ist. Aber er akzeptirt sie und wird gemäß § 931 Eigenthümer, sobald er der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt oder das Urtheil vorlegt.

3. Kohler, Zwölf Studien 178 ff.: Der Rücknahmeverzicht ist ein einseitiger Adressenrechtsakt, muß der Hinterlegungsstelle gegenüber erklärt werden und kann nicht unter Bedingung oder Befristung erfolgen; das Urtheil hat nicht die Wirkung, die Tradition zu vervollständigen und den Gläubiger zum Eigenthümer zu machen, sondern die Traditionsofferte festzunageln und sie der Disposition des Schuldners zu entziehen.

Rehbein II 312: Zurücknahme ist Erklärung der Rücknahme; der Schuldner kann die Sache aus der Hinterlegungsstelle überhaupt nicht zurücknehmen. Die Rücknahmeerklärung bedeutet die Zurücknahme, d. h. die Kündigung des Mandats zur Auslieferung, § 671, auf Grund des gesetzlichen Vorbehalts.

4. LG. Berlin, KGBl. 02 50: Der Hinterlegungsstelle gegenüber hat einen Anspruch auf hinterlegte Papiere nur der Hinterleger, nicht aber ein Dritter, dem die hinterlegten Papiere etwa gehören. Die Eigenthumsverhältnisse an den hinterlegten Papieren kommen in dem Verhältnisse zu der Hinterlegungsstelle nicht in Betracht. Ist ein Anderer als der Hinterleger Eigenthümer, so muß er sich an den Hinterleger halten.

§ 377. 1. a) Kohler, Zwölf Studien 182 ff.: Das Rücknahmerecht muß höchstpersönlich sein, denn die Rücknahme bewirkt das Wiederaufleben einer Verbindlichkeit mit Wirkung gegen Dritte (Bürgen, nachstehende Pfandgläubiger), und ein Anderer kann kein Recht haben, auf Dritte zu wirken; daher kann der Schuldner die Befugniß, die Rücknahme zu bestimmen, auch nicht zediren, — übertragen kann er nur die eventuelle actio depositi, falls er von dem Rücknahmerechte Gebrauch macht; zwar darf der Schuldner während des Konkurses das Rücknahmerecht nicht ausüben, denn er darf die Situation des empfangsberechtigten Gläubigers nicht verschieben zu einer Zeit, wo er diesem in

seinem Vermögen nur den Verfall bieten kann, wohl aber darf er während des Konkurses auf die Rücknahme verzichten, denn dies ist kein Eingriff in ein Beschlagsrecht der Gläubigerschaft, und ebenso darf der Konkursverwalter verzichten, denn er kann bewirken, daß, was nicht gezahlt ist, gezahlt werde (ebenso Müller a. a. O. 504).

b) Rehbein II 313: Ihren inneren Grund und ihre Berechtigung haben diese positiven Vorschriften lediglich darin, daß, auch wenn der Schuldner ohne Verzicht auf die Rücknahme hinterlegt hat, der Gläubiger, für den hinterlegt ist, doch ein unmittelbares Recht auf die Auslieferung erwirbt (§ 382), das er durch die Erklärung der Annahme der Hinterlegungsstelle gegenüber nach § 376 Abs. 2 Nr. 2 jeder Zeit zu einem definitiv wirksamen machen kann. Ein anderer einzelner Gläubiger oder die Gesammtheit der Gläubiger soll dies Recht nicht vereiteln können; das erschien gerecht und billig. Daß auch der Schuldner selbst nach der Eröffnung des Konkurses und während des Konkurses die Zurücknahme nicht mehr soll erklären können, folgte nothwendig daraus, daß man dem Konkursverwalter das Recht entzog, den Gegenstand der Hinterlegung zur Konkursmasse zu ziehen. Es hätte keinen Sinn, dem Schuldner die Rücknahme zu gestatten, durch welche er die Sache erlangen, die Konkursmasse aber belastet werden würde, da der Gläubiger gezwungen wäre, seine Forderung gegen die Konkursmasse geltend zu machen.

2. Hellwig a. a. O. 458 ff.: Im Gegensatze zu E. I bestimmt § 377 nichts über den Gegenstand der Hinterlegung, sondern nur über das Recht auf Rücknahme. Ist dieses deshalb vorhanden, weil das Recht des Gläubigers erloschen ist (§ 382), so ist es trotz § 377 pfändbar; ferner ist es pfändbar mit Rücksicht auf die Möglichkeit, daß das Recht des Gläubigers erlöschen wird, oder daß ein Gläubigerrecht auf das Hinterlegte nicht besteht, weil — im Falle des § 75 CPO. — keiner der beiden Streitenden Gläubiger ist oder weil der bestimmte Gläubiger, für den hinterlegt wurde, in Wahrheit kein Forderungsrecht hat. Die Norm des § 377 ist einschränkend zu interpretiren nach ihrem Zwecke, der dahin geht, den Hinterlegungsgläubiger vor der Schädigung durch konkurrirende Gläubiger zu schützen. Daraus ist auch abzuleiten, daß das Pfändungsverbot hier kein Zessionsverbot enthält. 462 ff.: Fällt der Hinterlegende in Konkurs, so kann er selbst wegen §§ 6, 7 KO. nicht zurücknehmen. Ist schon vorher das Recht des Gläubigers unwiderruflich geworden, so ist nur Anfechtung nach KO. möglich; ist aber noch keines der in § 376 Abs. 2 bezeichneten Ereignisse eingetreten, so kann wegen §§ 7 und 15 KO. das Recht des Gläubigers weder durch eine Handlung des Gemeinschuldners, noch des Gläubigers unwiderruflich und das Eigenthum an dem Hinterlegten von ihm nicht erlangt werden. Aus diesem Grunde und außerdem wegen des konkursmäßigen Anfechtungsrechts nützt dem Hinterlegungsgläubiger der § 377 Abs. 2 nichts.

3. Jäger, Konkursordnung § 1 Anm. 29 und § 25 Anm. 2: Das Rücknahmerecht des Schuldners ist im einseitigen Interesse des Hinterlegungsgläubigers gebunden. Darum kann letzterer auch während des Konkurses der Hinterlegungsstelle die Annahme erklären und so das Eigenthum an der hinterlegten Sache erwerben. Die lex specialis des § 377 Abs. 2 BGB. geht sonach der lex generalis des § 15 KO. vor.

Mühsam a. a. O. 99: Das Recht der Rücknahme kann nicht abgetreten und nicht in die Konkursmasse gezogen werden.

4. a) Beer a. a. O. 91 ff.: Nur das in dem Rechte zur Rücknahme liegende Widerrufsrecht ist unpfändbar, nicht aber der durch Ausübung des Widerrufsrechts entstandene Anspruch des Schuldners. Die Unpfändbarkeit findet

ihre Begrenzung in dem Zwecke der Bestimmung, nämlich zu verhüten, daß die Hinterlegung durch den pfändenden Drittgläubiger widerrufen wird.

Der Gläubiger kann trotz des Konkurses das Hinterlegungsobjekt erlangen.

b) Kohler, Zwölf Studien. Die Gläubigerschaft kann zwar das Recht der Rücknahme nicht geltend machen, wohl aber das Rücknahmeobjekt für den Fall, daß der Schuldner die Rücknahme erklärt, in Beschlag nehmen; denn wenn auch der Rücknahmeanspruch erst mit dieser Erklärung des Schuldners begründet wird, so entsteht er doch kraft eines schon vorher vorhandenen Rechtsverhältnisses und ist daher beschlagsfähig und arrestfähig.

§ 378. Kohler, Zwölf Studien 186 ff.: Solange die Rücknahme noch möglich ist, solange ist auch Zahlung oder sonstige Tilgung der Forderung (durch den Schuldner, durch Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner, durch einen Dritten, durch Erlaß von Seiten des Gläubigers) möglich; dadurch wird das Depot frei; der Gläubiger hat nicht mehr das Recht, das Depot durch Annahme der Traditionsofferte zu vinkuliren, und ein nunmehriger Verzicht des Schuldners auf Rücknahme ist wirkungslos; ist jedoch eine natürliche Verbindlichkeit zurückgeblieben (Zwangsvergleich, Verjährung), so wird das Depot nicht frei.

Mühsam a. a. O. 19 f., 89: Die Voraussetzung, daß die Hinterlegung gerechtfertigt und die Leistung vertragsmäßig war, ist als selbstverständlich weggelassen.

Der Gläubiger muß eine ihm vom Schuldner für die Forderung verpfändete Sache herausgeben (was nicht der Fall ist, wenn die Rücknahme nicht ausgeschlossen ist); doch erwirbt er mit der Herausgabe ein bedingtes Recht auf Einräumung eines neuen Pfandrechts, bedingt dadurch, daß sich die hinterlegte Sache als nicht vertragsmäßig oder die Hinterlegung als nicht rechtmäßig nachträglich herausstellte. Ebenso erlischt eine etwaige Bürgschaft, aber der Gläubiger erwirbt gleichzeitig ein in derselben Weise wie oben bedingtes Recht auf ein neues Bürgschaftsversprechen gegen denselben Bürgen.

OLG. 2 434 (Celle): Anwendung auf die auf Grund der Prozeßgesetze bei der Zwangsvollstreckung stattfindenden Hinterlegungen ausgeschlossen.

§ 379. Hellwig a. a. O. 454 ff. Die Hinterlegung ist nicht Erfüllung. Deshalb bedarf es auch keiner Erfüllungs-Vereinbarung zwischen Gläubiger und Deponent; die Hinterlegung ist keine Solutionsofferte. Der Gläubiger wird Eigenthümer des Hinterlegten, sobald sein Recht auf dessen Herausgabe unwiderruflich geworden ist; die Einigung über den Besitz- bezw. Eigenthumsübergang ist überflüssig und durch Gesetzesvorschrift ersetzt; hiergegen Müller a. a. O. 518 ff. Diese Einigung sei erforderlich, jedoch regelmäßig dann als zu Stande gekommen zu betrachten, wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt, denn durch die Anzeige der Hinterlegung mache der Schuldner dem Gläubiger die Offerte eines abstrakten Uebereignungsvertrags (nicht eines Uebergabevertrags).

§ 382. 1. Kohler, Zwölf Studien 181, 188 ff.: Mit dem Ablaufe der 30 Jahre erlischt die Traditionsofferte und erlischt definitiv die Schuld, auch wenn der Schuldner bis zuletzt das Rücknahmerecht hatte (ebenso Müller a. a. O. 515); das Depot wird frei und kraft dieser Freiheit des Depots — nicht kraft des Revokationsrechts des Hinterlegers — kann der Schuldner den hinterlegten Betrag zurücknehmen; diese Rücknahme bewirkt — im Gegensatze zu der Rücknahme während schlummernder Obligation — nie das Wiederaufleben der Verbindlichkeit mit ihren Akzessionen; sie hat den Charakter einer condictio und steht — im Gegensatze zu § 377 — den Gläubigern und der Gläubigerschaft nach Maßgabe des Pfändungs- und Konkursrechts zu.

Rehbein II 313: Es handelt sich nicht um Rücknahme aus § 377, sondern um Rückfall, Heimfall an den Schuldner, ein Vermögensrecht, das in- und außerhalb des Konkurses der Zwangsvollstreckung unterliegt und deshalb im Konkurse vom Verwalter geltend zu machen ist, nicht vom Schuldner.

2. a) Hellwig a. a. O. 450 ff.: Aus § 382 ergiebt sich zunächst, daß der Anspruch des Hinterlegenden gegen die Hinterlegungsstelle unverjährbar ist, ferner, daß er auch dadurch nicht erlischt, daß er zu Gunsten des Gläubigers auf die Rücknahme verzichtet hat. Der Paragraph bezieht sich nicht nur auf Hinterlegung von Geld („Betrag"). Die dreißigjährige Frist beginnt nicht mit Hinterlegung, sondern erst mit der Benachrichtigung des Gläubigers (§ 374); die Landesgesetzgebung kann nicht bestimmen, daß das Recht des Gläubigers früher erlischt.

Satz 2 ist nicht etwas Singuläres, sondern entspricht völlig dem Sinne, in welchem der Verzicht erklärt wird; die Singularität liegt weniger in der Gewährung als in der Befristung des Anspruchs des Deponenten.

b) Beer a. a. O. 78 ff.: „Das Recht auf den hinterlegten Betrag" bezeichnet allgemein den Anspruch des Gläubigers. Die 30jährige Frist ist eine Präklusivfrist, die weder unmittelbar noch mittelbar durch Heranziehung des Art. 145 des EG. abgekürzt werden darf. Das Rücknahmerecht aus Halbsatz 2 unterliegt der Pfändung.

3. Rosenberg, Iherings J. **43** 235: Ist die Anzeige wegen Unthunlichkeit unterblieben, so läuft die 30jährige Frist vom Tage der Hinterlegung ab. — A. A., daß bei unterlassener Anzeige die Präklusivfrist gar nicht läuft, Planck, Hellwig a. a. O. 452, Rehbein II 309 u. 319, Müller a. a. O. 484; Hellwig u. Kohler a. a. O. Note 81 rathen deshalb dringend, die Anzeige durch Gerichtsvollzieherzustellung bewirken zu lassen.

§ 383. 1. a) Kohler, Zwölf Studien 199: Die Voraussetzungen des § 383 führen zu Zweifeln und Unsicherheiten; liegen sie nicht vor, so hat die auf Grund der Verkaufsselbsthülfe erfolgte Preishinterlegung nicht die Wirkung der Befreiung; danach kann es sehr zweifelhaft sein, ob die Bürgen oder Pfänder gelöst sind.

Der Selbsthülfeverkauf hat befreiende Wirkung kraft der nachfolgenden Hinterlegung des Erlöses. Durch den Verkauf geht die Pflicht zur Sachleistung über in eine Pflicht zur Geldleistung; hat der Schuldner eine Gegenforderung in Geld, so braucht er nicht zu hinterlegen, sondern kann sich durch Aufrechnung befreien.

b) Rosenberg, a. a. O. 241 ff.: Der Selbsthülfeverkauf des BGB. unterscheidet sich wesentlich von dem des gemeinen Rechtes und des HGB. dadurch, daß der Erlös nicht an die Stelle des Schuldobjekts tritt. Der Schuldner muß vielmehr den Erlös hinterlegen und dann treten die Wirkungen der Hinterlegung (§§ 378, 379) ein; das Schuldobjekt ist in obligatione, der Erlös in solutione. Der Schuldner bleibt zur Leistung des Schuldgegenstandes verpflichtet; er hat aber die facultas alternativa, sich durch Hinterlegung des Erlöses zu befreien.

c) Müller a. a. O. 461: Nicht schon durch den Verkauf tritt die Pflicht zur Geldleistung an die Stelle der Sachleistungspflicht, — vielmehr wird das auf die Sachleistung gerichtete Schuldverhältniß erst getilgt bezw. gehemmt durch die Hinterlegung des Erlöses.

d) Beer a. a. O. 34, 15: Der Schuldner hat nicht das Recht des Selbsthülfeverkaufs, wenn die geschuldete Sache einem Dritten gehört.

Der beim Selbsthülfeverkauf erzielte Erlös tritt nicht an die Stelle der verkauften Sache, sondern der Verkauf erhält erst seine Wirksamkeit, wenn die Hinterlegung des Erlöses erfolgt.

2. Die Leistung muß dem Vertrag entsprechend versteigert werden. Ein nicht formgerechter Verkauf gilt nicht als für Rechnung des Gläubigers erfolgt (vgl. **RG.** SächsA. 01 226 (unrichtig bekannt gemachter Termin); das gilt namentlich, wenn an unrichtigem Orte verkauft wird (ebenso Müller a. a. O. 457 ff.).

3. Götte, DJZ. 4 399: Der Verkäufer, der bei Zahlungssäumniß des Käufers Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, muß selbst liefern, kann also nicht Selbsthülfeverkauf ohne Weiteres vornehmen. Aber man kann auf anderem Wege zu demselben Ergebnisse kommen. Der Käufer wird dann meist schon im Annahmeverzuge sein; wenn noch nicht, so kann der Verkäufer gemäß §§ 295 und 298 BGB. ihn leicht hineinversetzen. Dann kann der Verkäufer nach §§ 383 ff. BGB. die Waare versteigern lassen. Es erscheint zulässig, daß er dann den Erlös nicht hinterlegt, sondern ihn gegen seine Forderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aufrechnet.

Vgl. im übrigen die Bemerkungen zu § 373 HGB.

Dritter Titel.

Aufrechnung.

§§ 387, 388. 1. Setzt die Aufrechnung das Bestehen der Forderung, gegen welche aufgerechnet werden soll, voraus, so daß es beim Nichtbestehen dieser Forderung gar nicht zur Aufrechnung kommt, oder kommt es bei irrthümlicher Annahme des Bestehens der Forderung zur Aufrechnung und hat der Aufrechnende nur einen Anspruch auf Herausgabe wegen ungerechtfertigter Bereicherung? Die erstere Frage bejaht Eccius, Gruchots Beitr. 42 253 ff., Planck, BGB. § 388 Anm. 2; Mansfeld, DJZ. 3 256; die letztere Kohler, Buschs Z. 24 20. — Planck, BGB. § 390 Anm. 3 giebt dem Aufrechnenden, wenn der Forderung, gegen welche er aufrechnet, eine ihm unbekannte peremptorische Einrede entgegensteht, einen Anspruch auf Wiederherstellung der aufgerechneten Forderungen nach Maßgabe der Vorschriften über Herausgabe wegen ungerechtfertigter Bereicherung.

2. a) Oertmann R. 01 447 (vgl. dazu Stölzel, Schulung (3) II 293): Der entscheidende Schuldtilgungsgrund ist das kompensable Gegenüberstehen der Forderungen, die Aufrechnungserklärung ist nur die Rechtsbedingung, unter der dieses Gegenüberstehen seine tilgende Kraft bewährt. Von dieser Auffassung aus ist das Bestehen sowohl der Forderung als der Gegenforderung (der Forderung, gegen welche aufgerechnet wird) selbstverständlich nothwendig, — denn anderen Falles war die möglicher Weise zur Tilgung führende Situation von vornherein nicht gegeben.

Aber auch wenn der entscheidende Tilgungsgrund erst im Aufrechnungsakt erblickt wird, ist das Bestehen der Gegenforderung Erforderniß der Aufrechnung; denn die Analogie der Zahlung trügt — bei Nichtexistenz der Gegenforderung ist der Wortlaut des § 387 nicht erfüllt und können die an die gesetzliche Aufrechnung geknüpften Wirkungen nicht eintreten — und endlich wäre durch die gegentheilige Ansicht dem Gläubiger die Möglichkeit eines einseitigen Erlasses seiner Forderung gewährt.

Dagegen sind einredebehaftete Forderungen und Forderungen aus anfechtbaren Geschäften bestehende Forderungen: gegen dieselben — argumentum a contrario aus § 390 — kann also aufgerechnet werden; vgl. Eccius, Gruchots Beitr. 42 254 f., Liebknecht, Vorbehaltszahlung 123, Lippmann, Jherings J. 43 497, 520, 501. (Diese äußerste Konsequenz der rechtsgeschäftlichen Theorie der Aufrechnungserklärung, daß auch bei irrthümlicher Aufrechnung auf eine Nichtschuld die condictio indebiti mit der Wirkung der Rückforderung einer Leistung zulässig sei, hat die Judikatur nicht gezogen.)

v. Hertzberg, Die Aufrechnung des BGB., ein merum jus compensationis, (Erlanger Diss. 1898): „Ipso jure“ bedeutet „kraft Inhalts subjektiven Rechtes“. Der die Aufrechnung Erklärende will nichts Anderes, als die juristische Verwirklichung des Willensinhalts der beiden Forderungen, deshalb vollzieht sich die Aufrechnung ihrer ersten Ursache nach ipso jure, in Kraft dieser Rechte, weder in Kraft der Aufrechnungserklärung an sich, noch gar in Kraft einer richterlichen Entscheidung. Die Erklärung des Aufrechnenden ist erst die zweite Ursache des Kompensationserfolges; — die Kompensation ist ein einseitiges Rechtsgeschäft; das die Klage zu Folge der Aufrechnung abweisende Urtheil ist lediglich deklaratorisch; der Richter hat die bereits vollzogene Kompensation wie jeden anderen Tilgungsgrund des Anspruchs ex officio zu berücksichtigen (28 ff.).

Langheineken, R. 02 386: Das Gesetz verlegt den Aufrechnungseffekt unzweideutig in die Aufrechnungserklärung, verleiht also dieser konstitutive Kraft, nicht der Thatsache des Gegenübertretens der kompensablen Forderungen.

Liebknecht, Vorbehaltszahlung: Aus §§ 390, 406 erhellt, daß die Aufrechnungserklärung nicht Ursache der gegenseitigen Aufhebung zweier Forderungen und die Rückwirkung des § 389 keine Rückwirkung ist, daß dem BGB. vielmehr die Azo-Ungersche Vollzugstheorie zu Grunde liegt, nach der beim Gegenübertreten zweier kompensabler Forderungen sogleich von selbst deren potestativ-suspensiv bedingte Tilgung erfolgt, während die Aufrechnungserklärung nur das bedingende Ereigniß bildet; § 396 widerspricht dem nicht (108 ff.).

b) Leonhard, A.bürgR. 21 171 ff. (im Anschluß an Oertmann, R. 01 448 ff.): Aufrechnung und Zahlung enthalten eine einseitige rechtsgeschäftliche Tilgungsbestimmung, nicht aber eine eigentliche Anerkennung der Schuld (202 ff.).

Die Aufrechnung enthält ein Zwangsverwerthungsrecht. Die Verwerthung ist so einfach als möglich gestaltet und der beim Pfandrecht an der eigenen Schuld analog (208 ff.). Die Bereicherung und Befriedigung des Verwerthenden ist von der Gültigkeit der Verwerthungsbefugniß nur insoweit abhängig, als diese von der Verwerthungskraft der Forderung abhängt, nicht aber auch, soweit die Verwerthbarkeit des Objekts für sie in Betracht kommt (212 ff.).

Beim Aufrechnungsvertrag ist der Verzicht der Parteien auf ihre Ansprüche als ein einheitlicher und gegenseitiger Vertrag gedacht. Die synallagmatische Abhängigkeit hat aber auch hier nur obligatorische Wirkung. Daher ist bei Ungültigkeit der einen Forderung der Vertrag doch gültig (175 ff.).

Die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld ist gültig; ihr Erfolg kann nur allenfalls durch eine Bereicherungsklage rückgängig gemacht werden (171 ff.).

Für das Vorhandensein der Voraussetzungen für die Aufrechnung ist grundsätzlich der Augenblick der Erklärung maßgebend (196 ff.), noch in anderer Weise (190 ff.).

Die bedingte Aufrechnung und Zahlung ist insoweit statthaft, als sie durch eine Zwangslage des Schuldners gerechtfertigt wird (199 ff.). Bedingt ist hier die Tilgungsbestimmung (203 ff.).

Ursache der Wirkung bei der Aufrechnung sind nicht die Forderungen, sondern die Erklärung (179 ff.). Insbesondere nöthigt zu einer abweichenden Ansicht nicht schon die Rückwirkung, sondern nur die Annahme einer Voreinwirkung der Forderungen. Eine solche ist aber nicht nachzuweisen, weder als bedingte Tilgung noch als Einrede.

c) **RG.** R. 6 19: Jedenfalls kann durch besondere Willenserklärung die Aufrechnung einzelner unstreitiger in die Abrechnung (in einen dem anderen Theil übersandten Rechnungsauszug) aufgenommener Forderungen mit tilgender Wirkung geschehen und dadurch ein späterer anderweiter Aufrechnungsversuch ausgeschlossen sein.

3. a) Leonhard, Aufrechnung: Die Aufrechnung ist ein Rechtsgeschäft, auch wenn sie im Prozeß erfolgt, und auch hier den Vorschriften über Rechtsgeschäfte unterworfen (147 ff.); über die Bedeutung der rechtsgeschäftlichen Natur der Aufrechnung (158 ff.).

Förtsch, SächsA. 7 401: Die Aufrechnung ist ein Rechtsgeschäft, das sofort durch seine Vornahme wirkt und jeder Zeit einseitig wider den Willen des anderen Theiles vorgenommen werden kann, auch wenn kein Prozeß schwebt.

Manigk, Anwendungsgebiet 125: Die Aufrechnungserklärung ist Rechtsgeschäft, nicht etwa bloße Vorstellungsmittheilung.

Lippmann, Iherings J. **43** 509 ff.: Der reine Aufrechnungsvertrag (der nur die gesetzlichen Folgen einer einseitigen Aufrechnung regeln will) ist ein liberatorischer Vertrag, daher kein Vertrag auf gegenseitige Leistungen, von einer Gewährleistungspflicht kann bei ihm keine Rede sein; wie bei der einseitigen Aufrechnungserklärung kommt bei ihm Alles auf die objektive Existenz von Forderung und Gegenforderung an; Irrthum, Zwang und List sind unerheblich. Anders bei Aufrechnungsverträgen, die nicht reine Aufrechnungsverträge sind; sie sind materielle Verträge, deren Wirkungen durch einseitigen Prozeßzwang nicht erzielt werden können; bei ihnen gewinnt Irrthum, Zwang, List wesentliche Bedeutung.

b) Kohler, a. a. O. **24** 17, unterscheidet zwischen civilistischer und prozessualer Aufrechnung; erstere führe, auch im Prozesse geltend gemacht, nicht zu rechtskraftfähiger Entscheidung über die aufgerechnete Forderung, und bewirke nicht Unterbrechung ihrer Verjährung, während die prozessuale Aufrechnung, die kein Rechtsgeschäft, sondern prozessuale Rechtshandlung sei, einerseits nur für den Prozeß, in welchem sie geltend gemacht werde, Wirksamkeit habe und beim Mangel der Prozeßvoraussetzungen, Klagerücknahme und Zurücknahme des Aufrechnungseinwandes alle Wirksamkeit verliere, andererseits aber die Verjährung unterbreche und eine rechtskraftfähige Entscheidung über die aufgerechnete Forderung herbeizuführen geeignet sei. Dagegen Eccius, a. a. O. 251 f.

Vgl. unten Ziff. 7.

c) Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung: Aufrechnung schließt mit logischer Nothwendigkeit ein deklaratorisches Schuldanerkenntniß ein (128 ff.); irgend welche Präsumtionen nach Art der an die reine Zahlung geknüpften (vgl. z. B. § 814) können hingegen vom Gesetz aus der Aufrechnung schon darum nicht hergeleitet werden, weil diese Präsumtionen sich sämtlich auf den Abschluß zweiseitiger Rechtsgeschäfte beziehen, die in dem einseitigen Aufrechnungsakte nicht implizirt sein können. Mithin kann die Geltendmachung einer Forderung, mit Bezug auf die eine Aufrechnungserklärung abgegeben ist, beim Nichtbestandenhaben der Gegenforderung den Voraussetzungen der condictio indebiti oder einer sonstigen Bereicherungsklage nicht unterworfen werden. Den einseitigen Untergang nur einer Forderung aber vermag die Willenserklärung, die eine Aufrechnung dieser Forderung mit einer vermeintlichen, aber nicht bestehenden Gegenforderung bezweckt, nach dem klaren Begriff und der Vollzugsform der Aufrechnung nicht herbeizuführen. Das. 121 ff., 123, 128 ff., IV.

Eine Vorbehaltsaufrechnung, bei der das deklaratorische Schuldanerkenntniß ausgeschlossen wurde, ist als einseitiges Rechtsgeschäft unmöglich, da das Gesetz nur eine einseitige Aufrechnung mit fest bestimmten Wirkungen kennt, die der Willkür der Kompensanten entrückt sind. Das. § 12 bes. 130 ff., 132 ff., VII.

Die Kohlersche Unterscheidung zwischen civilistischer und prozessualer Aufrechnung ist unhaltbar (106 Note 5, 117 Note 33, 158 Note 64 und VII das.).

d) Lippmann, a. a. O. 505, 507, 521 ff., 527 f., 496, 501 f.: Der Aufrechnungserklärung ist rechtsgeschäftlicher Charakter nach der Richtung, daß sie das Erlöschen der beiderseitigen Forderungen zu bewirken im Stande ist, abzu-

sprechen; sie ist keine Erfüllungsbereitschaft, sondern zunächst Zahlungsweigerung, sie ist Selbsthülfe nach dem Modelle des Prozesses mit seiner Zwangsvollstreckungsgewalt, die Schranken des § 394 laufen parallel den Schranken der §§ 850 ff. CPO.; die Rechtsgeschäftlichkeit des Aktes wird schon dadurch widerlegt, daß das Prozeßleitungsrecht des Richters gemäß § 302 CPO. den Aufrechnenden zum Gegentheile von dem, was er durch seine Aufrechnungserklärung bewirken wollte, nämlich zur Baarzahlung zwingen kann. Eine Anfechtung der Aufrechnungserklärung wegen Irrthums über Existenz von Forderung oder Gegenforderung, wegen Zwanges oder List ist undenkbar; es kommt immer nur auf das objektive Bestehen der beiden Forderungen an.

4. a) Hellwig, Anspruch 20 ff.: Daraus, daß das Aufrechnungsrecht nur dem Schuldner zusteht, der zugleich Gläubiger ist, und nur gegenüber dem Gläubiger, der zugleich Schuldner ist, und nur unter Aufopferung der Gegenforderung des Kompensanten ausgeübt werden kann, folgt, daß der Schuldner-Gläubiger weder eine dilatorische Einrede noch ein Zurückbehaltungsrecht aus der Aufrechenbarkeit ableiten kann; er muß entweder zahlen oder aufrechnen. Vielmehr ist die Aufrechnung ein besonderer Rechtsbehelf zur Schuldentilgung, der sich in seiner Wirkung von der Leistungsverweigerungseinrede nicht unterscheidet.

Ueber Aufrechnung gegen Dritte §§ 406, 392; über die dilatorische Einrede im Falle der Geltendmachung der Forderung gegen einen anderen als den zur Aufrechnung befähigten Schuldner-Gläubiger § 770 Abs. 2 und HGB. § 129 Abs. 3 (auf die gewöhnliche Gesammtschuld nicht auszudehnen).

b) Hölder, A.civPr. **93** 129: Anfechtungsrecht und Aufrechnungsrecht sind Berechtigungen zur Verweigerung der Leistung in dem Sinne, daß ohne ihre Ausübung die Leistung als geschuldet gilt. Sie zeigen aber auch, was die herrschende Theorie der Einrede im Sinne des BGB. verkennt, daß die ausgeübte Berechtigung zur Verweigerung der Leistung deren Eigenschaft als einer geschuldeten ausschließt.

Wäre die Abweisung der Klage wegen einer Einrede eine Feststellung des Anspruchs als eines durch die festgestellte Berechtigung zur Verweigerung der Leistung gelähmten, so dürfte sie nicht erfolgen ohne Konstatirung der Existenz des Anspruchs. Das Gegentheil gilt, wie von anderen Einreden, so auch von den Einreden, die sich gründen auf eine, sei es schon früher oder durch ihre Erhebung vollzogene Anfechtung oder Aufrechnung. Wegen derselben erfolgt die Aberkennung des Anspruchs als eines solchen, der für den Fall, daß er nicht schon aus einem anderen Grunde nicht besteht, durch eine erfolgte Anfechtung oder Aufrechnung ausgeschlossen ist. Dürfte der Richter die Klage nur dann wegen Aufrechnung abweisen, wenn ohne erfolgte Aufrechnung der Anspruch des Klägers existirte, so dürfte er in schreiendem Widerspruche mit dem Zwecke der Verjährung auch wegen dieser die Klage nur abweisen, wenn sie ohne den erfolgten Eintritt der Verjährung begründet wäre; denn ein nicht bestehender Anspruch ist nicht Gegenstand der Verjährung, ebensowenig wie der Aufrechnung.

5. a) § 388 Satz 2 schließt die Möglichkeit eventueller Aufrechnung (die nur wirksam sein soll für den Fall des Bestehens der Forderung, gegen welche aufgerechnet werden soll) nicht aus, Planck, BGB. § 388 Anm. 2, Stölzel, Schulung für civ. Pr. II. 200 ff., 230 f., Eccius, Gruchots Beitr. **42** 33 ff., Neumann § 388 Note 3; and. Ans. Förtsch, Gruchots Beitr. **42** 225, Mansfeld, DJZ. **3** 257. — Planck, BGB. § 390 Anm. 3 läßt die Aufrechnung mit dem Vorbehalte, daß sie nur wirksam sein solle, wenn der Forderung, gegen welche aufgerechnet werde, eine Einrede nicht entgegenstehe, nicht außerhalb des Prozesses, wohl aber im Prozesse zu.

Geib, A.civPr. 85 200: § 282 Abs. 2 des I. Entw. (= § 388 Abs. 2 BGB.) will nur die auf Grund einer bedingten bzw. betagten Gegenforderung begehrte unbedingte Aufrechnungswirkung ausdrücklich negiren; wohl aber kann das Aufrechnungsbegehren für den künftigen Fall des Erwerbes einer zur Zeit nur mehr erwarteten, kompensablen Gegenforderung gestellt werden.

Leonhard, Aufrechnung 148, 163 und A.bürgR. 21 200: Die bedingte Aufrechnung ist unzulässig, weil sie die Verhältnisse nur noch verwickelt, anstatt sie zu vereinfachen. Dagegen ist die Aufrechnung — wie auch die Zahlung — unter Vorbehalt dann zuzulassen, wenn der Schuldner sich in der Zwangslage befindet, es nicht mehr später ohne Schaden nachholen zu können. In dieser Lage ist bezüglich der Möglichkeit aufzurechnen der Schuldner immer, wenn er verklagt ist.

Eine nachträgliche Aufrechnung nach erfolgter Zahlung ist unzulässig.

Stölzel, Schulung (3) II 272 ff.: § 388 will nur eine „bedingte" Aufrechnung im engeren Sinne des Wortes verbieten; die Eventualaufrechnung dagegen will er zulassen, und zwar naturgemäß sowohl die außergerichtliche wie die gerichtliche; fiele die Eventualaufrechnung unter den Begriff der „bedingt" erklärten Aufrechnung, so wäre sie überhaupt unwirksam und nicht im Stande, überhaupt einem weiteren prozessualischen Verfahren als Grundlage zu dienen.

G. Pfizer, Buschs Z. 26 43 ff.: Der Einwand der eventuell geschehenen Aufrechnung ist statthaft, schon deshalb, weil es statthaft ist, eine Gegenforderung zunächst in der Form der Widerklage, eventuell in der Form des Einwandes der Aufrechnung geltend zu machen (51); die Erklärung des Beklagten, mit seiner Gegenforderung aufrechnen zu wollen, wenn die Klageforderung festgestellt werde, ist nicht eine bedingte Aufrechnungserklärung. Der Richterspruch ist ungewiß und unsicher, aber das bestrittene Recht selbst und die zu beweisenden Thatsachen sind niemals bedingt; vom Standpunkte des materiellen Rechtes aus ist das Bestehen und die Beweisbarkeit von Forderung und Gegenforderung condicio juris der Aufrechnung (53 f.); außerhalb des Prozesses ist die eventuelle Aufrechnung nicht möglich, innerhalb des Prozesses ist sie möglich und zulässig (56).

Wach, Buschs Z. 27 14 f., 376: Die Abweisung der Klage durch reine Prozeßentscheidung, z. B. Abweisung wegen Unzuständigkeit, macht die Aufrechnungserklärung hinfällig, wennschon sie die civilistische Wirkung, die Verjährung zu unterbrechen, gemäß §§ 209 Nr. 3, 215 BGB. übt; gerade diese Bestimmung beweist die Sonderstellung der prozessualen Aufrechnung gegenüber der rechtsgeschäftlichen; damit ist zugleich wie die Widerruflichkeit der Aufrechnungserklärung, so die Eventualkompensation bewiesen; von Bedingung im Sinne des § 388 BGB. ist bei derselben schlechterdings nicht die Rede.

Lippmann, Jherings J. 43 484: Die eventuelle Aufrechnung im Prozeß ist Aufrechnung unter einer ganz gewöhnlichen Bedingung; für sie sind jedoch §§ 388, 389 gar nicht gegeben, weil überhaupt die Aufrechnungslehre des BGB. von einer Mitwirkung des Prozesses bei Durchführung der Aufrechnung absehen will; die Gültigkeit der eventuellen Aufrechnung wird garantirt durch das Prozeßrecht.

b) Liebknecht a. a. O. Eventualaufrechnung ist nicht Vorbehaltsaufrechnung (vgl. zu § 387), auch nicht eventuell (im prozessualen Sinne) vorgebrachte reine Definitivaufrechnung, noch endlich Aufrechnung unter der condicio juris des Bestehens der Forderung, sondern wahrhaft suspensiv-bedingte Aufrechnung, deren Bedingtheit nicht gleich der prozessualen Eventualität vom Richter außer Acht gelassen werden darf. Die Bedingung lautet: „Daß der Kläger seinen Anspruch im Uebrigen (abgesehen von der Aufrechnung) als begründet darthun wird" (144).

Doch ist auch eine Konstruktion mit folgender condicio in praesens collata denkbar: „falls der Klaganspruch im Uebrigen bewiesen ist und das etwaige sonstige Vorbringen des Beklagten unerheblich, unbewiesen oder durch Repliken beseitigt ist" (159, 139 ff., 153 ff., 164 ff.).

Vor Eintritt der Bedingung liegt eine gegenwärtig wirksame Aufrechnung überhaupt nicht vor; mit Eintritt der Bedingung wird die Eventualaufrechnung vollständige Erfüllung; (§ 15).

Die Möglichkeit eventueller Aufrechnung im Prozesse wird durch § 388 Satz 2 nicht beseitigt, da der Gesetzgeber, der die Eventualaufrechnung nicht als wahrhaft bedingte konstruirte, diese Konsequenz nicht wollte (146).

Betzinger, BadRspr. **00** 154 ff. spricht sich gegen die Eventualaufrechnung (nicht zu verwechseln mit dem eventuell erhobenen Einwand aus einer früheren, unbedingten Aufrechnungserklärung) aus unter ausführlicher Zusammenstellung der bisherigen Literatur. B. verweist die Aufrechnungserklärung, falls der Beklagte die Klagegrundlage bestreitet, in das Nachverfahren gemäß CPO. § 767. Gegenüber der — andererseits für die Statthaftigkeit der Eventualaufrechnung angezogenen — Analogie der „Zahlung unter Vorbehalt" wird betont, daß der Beklagte bei der Eventualaufrechnung nicht „unter Vorbehalt" nachfolgender genauerer Prüfung aufrechnet, sondern geradezu die objektiven Voraussetzungen jeder Kompensationsmöglichkeit (das Bestehen der Klageforderung an sich) ausdrücklich verneint. Auch der Gesichtspunkt einer Hinterlegung treffe nicht zu; denn durch Hinterlegung der Klagesumme könnte der Beklagte seiner Verurtheilung nicht vorbeugen; die Verurtheilung des Beklagten bilde die prozessuale Grundlage der Erhebung der hinterlegten Summe, aber niemals bilde die Hinterlegung einen Schutz gegen die prozessuale Feststellung der Leistungspflicht.

Förtsch, Gruchots Beitr. **42** 230 ff. stimmt mit Liebknecht darin überein, daß die Eventualaufrechnung nicht, wie Mot. II. 108 wollen, eine Aufrechnung unter einer condicio juris, sondern eine Aufrechnung unter einer wirklichen Bedingung ist, folgert jedoch hieraus und aus § 388 Satz 2, daß dieselbe unwirksam ist.

Scherer, R. **00** 294 ff.: Bei der Eventualaufrechnung handelt es sich nicht um eine condicio juris; wenn man ein Rechtsgeschäft von dem Ausfall eines Prozesses abhängig macht, so ist dies eine Bedingung im vollen Sinne des Wortes, denn der Ausfall eines Urtheils ist ein zukünftiges und recht ungewisses Ereigniß; § 388 Abs. 2 ist jedoch einschränkend auszulegen; im Prozesse können die starren Prinzipien bezüglich der Aufrechnung nicht buchstäblich durchgeführt werden. Die Aufrechnung im Prozeß ist durch die CPO. ergänzend und abändernd geregelt; aus § 145 Abs. 3 CPO. folgt die Zulässigkeit der eventuellen Aufrechnung im Prozesse.

c) Stölzel, Schulung (3) II 271, 230 und als Antwort auf Eccius in Gruchots Beitr. **42** 15 ff., Buschs Z. **24** 50 ff. „Zur Verständigung über die Eventualaufrechnung": Für das Durchdringen der Einrede (der Eventualzahlung wie der Eventualaufrechnung) ist das Bestehen oder Nichtbestehen der Klageforderung ein gleichgültiges Moment (117); bei streitiger Klage- und unstreitiger Gegenforderung ist die Klage ohne Beweiserhebung abzuweisen (53 ff.); der Kläger kann aber durch Aenderung seiner Klagbitte (Klagänderungstheorie) in dem anhängigen, alsdann als Feststellungsprozeß weitergehenden Rechtsstreite die Frage austragen lassen, ob der Beklagte von ihm noch etwas zu fordern habe (54); dann erst kommt es zur Beweiserhebung über die Klageforderung, und der Beklagte hat die Kosten zu tragen, wenn das Beweisverfahren zu Gunsten des Klägers ausfällt (55); bei der Beweiserhebungstheorie (Beweiserhebung über die streitige

Klagforderung bei unstreitiger Gegenforderung) würde der Kläger mit den Kosten des ihm günstigen Beweisverfahrens belastet, — ein Fehlgreifen, wie es ärger kaum denkbar ist (111), und würden eidbedingte Urtheile ergehen, daß der Kläger — ob der Beklagte den Eid über den Klagegrund leistet oder nicht leistet, — kostenfällig abgewiesen wird (58), während nach der Klagänderungstheorie ein solches Urtheil zu lauten hat: „Der Beklagte hat zu schwören ꝛc.; im Falle der Leistung des Eides wird der Kläger kostenfällig abgewiesen; im Falle der Nichtleistung wird unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten festgestellt, daß die vom Beklagten geltend gemachte Gegenforderung nicht mehr besteht" (58); die Umformung des ursprünglich gestellten Zahlungsantrags in einen Feststellungsantrag ist nothwendig, um die gerechte Vertheilung der Kostenlast zu bewirken (127); — die mit anderen Vertheidigungsmitteln (als mit prozeßhindernden Einreden) verbundene Kompensationseinrede ist nicht eine eventuelle Einrede der Aufrechnung, sondern eine definitive Einrede der eventuellen Aufrechnung, eine Einrede der Eventualaufrechnung (107).

RG. Gruchots Beitr. **42** 947 (vgl. **RG.** Seuff. A. **52** 102): Es muß über den in der Klage geltend gemachten Anspruch endgültig entschieden werden; eine gegenseitige Aufrechnung ist nur möglich, wenn eine gültige Forderung und eine gültige Gegenforderung vorhanden sind; hat der Beklagte die Klageforderung bestritten, so muß deshalb zunächst festgestellt werden, ob dieselbe besteht oder nicht; die Abweisung der Klageforderung darf wegen des Vorhandenseins einer Gegenforderung nur erfolgen, wenn festgestellt wird, daß dieselbe durch Aufrechnung mit der Gegenforderung getilgt sei; hieraus folgt alsdann, daß auch die Gegenforderung, soweit mit derselben aufgerechnet ist, rechtskräftig als getilgt gilt und insoweit nicht anderweitig eingeklagt werden kann.

Ueber die Veröffentlichung und über die Entscheidungsgründe dieses Urtheils Stölzel, Buschs Z. **24** 68 ff., der dagegen ein seine Klagabweisungstheorie billigendes Urtheil des **RG.** vom 3. 2. 87 anführt; vgl. OLG. Lübeck, Seuff. A. **25** 270.

Förtsch, Gruchots Beitr. **42** 225 ff.: Die Klage schon deshalb abweisen, weil die mit Vorbehalt geschehene Aufrechnung und die aufgerechnete Forderung des Beklagten vom Kläger nicht bestritten werden, hieße der Aufrechnung eine Wirkung beilegen, die sie nach dem rechtsgeschäftlichen Willen des Aufrechnenden selbst gar nicht haben sollte; bei der einseitigen Aufrechnungserklärung giebt es keine Annahme (wie bei der unter Vorbehalt angebotenen Zahlung), und eine solche wird durchaus nicht dadurch ersetzt, daß der Kläger die aufgerechnete Forderung des Beklagten als richtig anerkennt.

Uebereinstimmend mit Förtsch Mansfeld, DJZ. **3** 256 (vgl. Stölzel, Schulung (3) II 258).

Uebereinstimmend mit Stölzel Redlich, Buschs Z. **25** 389 und Friedrichs, R. **6** 459; gegen Stölzel Scherer, R. **4** 294 (vgl. dazu Stölzel, Schulung (3) II X) und Wach, Buschs Z. **27** 376 (vgl. dazu Stölzel, Schulung (3) II 312).

Replik von Eccius, Gruchots Beitr. **42** 233 ff., Duplik von Stölzel, Buschs Z. **24** 415 ff.

Dem oben angeführten Urtheile des VI. Civilsenats des **RG.** sind weitere Senate des Reichsgerichts beigetreten: II. S. (12. 7. 98) **42** 362 (über die eventuelle Kompensationseinrede ist erst dann zu entscheiden, wenn feststeht, daß die Forderung des Klägers begründet ist; denn das die Klage abweisende Urtheil hat, wenn dem Kläger eine Forderung nicht zustand, andere Wirkungen als im Falle der Tilgung dieser Forderung durch Aufrechnung) und 14. 10. 98 Gruchots Beitr. **43** 209; V. S. (26. 11. 98) JW. **99** 4; IV. S. (27. 9. 00) Gruchots

Beitr. **45** 910 (die Aufrechnung einer Gegenforderung gegen eine noch nicht festgestellte Klageforderung ist prozeßrechtlich und civilrechtlich unzulässig); ebenso OLG. Dresden, Seuff. A. **53** 104 und OLG. Jena, Thür. Bl. N. F. **27** 233.

Stölzel, Schulung (3) II 302 ff. giebt ausführliche Würdigung dieser Urtheile des RG., sowie bezüglicher Urtheile des OAppG. Rostock von 1850, Entsch., herausgeg. von Buchka u. Budde **5** 239, und der OLG. Hamm, Gruchots Beitr. **15** 118, Hamb., Seuff. A. **48** 226, Breslau, Marienw., Köln, Gruchots Beitr. **43** 209, KG., Dresden, Seuff. A. **53** 104. Vgl. auch KG. R. **6** 179.

Geib, Buschs Z. **24** 462 ff.: Wenn Kläger seine Klage auf Zahlung der Klageforderung aufrecht erhält, obwohl er erklärt, dem Beklagten das zu schulden, womit dieser aufrechnen wollte, so hat er weder die Kompensationseinrede (d. h. die Behauptung des Beklagten, Gegenforderung und Klageforderung seien durch die Aufrechnungserklärung getilgt) noch die Gegenforderung, sondern in Wahrheit war nichts zugestanden, — die Gegenforderung nicht, denn nicht deren präsente Existenz, sondern das Gegentheil hat der Beklagte behauptet; hier kann der Richter sofort ohne Beweiserhebung über die Klageforderung abweisen, wenn er von der eventuellen Begründetheit der Kompensationseinrede, d. h. von dem Bestandenhaben der Gegenforderung zur Zeit der Kompensationserklärung, von der Kompensabilität u. s. w. überzeugt ist, — er braucht, wie Stölzel überzeugend nachgewiesen hat, mit der Freisprechung nicht zu warten, bis er auch anzugeben weiß, ob Kläger wegen Beweisfälligkeit oder wegen Kompensation abzuweisen sei.

Leistet der Kläger mit Rücksicht auf die eventuell vorgeschützte Kompensationseinrede des Beklagten auf sein Zahlungsbegehren Verzicht, so reicht dieser Verzicht und der Antrag des Beklagten auf Abweisung zur Begründung der Freisprechung (ohne Beweiseinzug über die Klageforderung) vollkommen aus, der sich nur um die Klageforderung drehende Streit ist völlig erledigt, die Meinungsverschiedenheit der Parteien darüber, ob Tilgung durch Kompensation eingetreten sei, ist ein für den Richter unmaßgeblicher Streit über die Entscheidungsgründe; (a. A. OLG. Dresden, Seuff. A. **53** 104).

Das übrig bleibende Feststellungsinteresse des Klägers betrifft die Gegenforderung, nicht die Klageforderung; er muß eine anderweite negative Feststellungsklage in Ansehung der Gegenforderung erheben.

6. Zur Frage der Prozeßkosten bei der Eventualaufrechnung und bei der Aufrechnung überhaupt:

Förtsch, Gruchots Beitr. **42** 229: Im Falle der Eidesleistung des Klägers über die Klageforderung wird in der Regel der Beklagte die Prozeßkosten zu tragen haben, denn die Aufrechnung wird in der Regel erst nach Zustellung der Klage erklärt sein, und dann muß der Beklagte die Kosten tragen, gerade so, als ob er erst nach Empfang der Klage gezahlt hätte; übereinstimmend Mansfeld, DJZ. **3** 258. Vgl. Liebknecht, Eventualzahlung 109 Note 17.

Stölzel, Buschs Z. **24** 418: Es ist anzuzweifeln, daß der für eine im Prozesse geleistete Definitivzahlung geltende Satz auf die im Prozeß erklärte Eventualaufrechnung paßt.

G. Pfizer, Buschs Z. **26** 59 ff.: In der Eventualaufrechnung liegt kein Anerkenntniß, nicht einmal ein bedingtes. Die klägerische Forderung kann ja auch mit Unrecht festgestellt werden, und solange der Beklagte den Klaganspruch bestreitet, kann er vor Beginn des Prozesses keine Aufrechnung erklären, das wäre sinnlos; der Beklagte hat vielmehr die Prozeßkosten dann allein zu tragen, wenn er mit seiner dem Kläger unbekannten Forderung hinter dem Berge hält und so den Kläger zur Erhebung gerichtlicher Klage verleitet; verweigert der Beklagte den Eid über die Klageforderung, so ist — eben in Folge der sich nunmehr

vollziehenden Aufrechnung — der Streit in der Hauptsache gegenstandslos geworden; das eidbedingte Urtheil muß also lauten: „Der Beklagte hat zu schwören. Leistet er den Eid, so wird der Kläger unter Verfällung in die Prozeßkosten abgewiesen. Verweigert er den Eid, so hat er die Prozeßkosten zu tragen."

RG. 50 391 und JW. **02** Beil. 198 (vgl. OLG. Breslau R. **6** 587): Wird der eingeklagte Anspruch anerkannt, aber durch Aufrechnung während des Prozesses erledigt, so fallen die Prozeßkosten dem Kläger zur Last, wenn schon vor Erhebung der Klage Forderung und Gegenforderung sich gegenüberstanden. Dies ist, obwohl die Beseitigung des Klaganspruchs erst durch die Erklärung erfolgt (§ 388), anzunehmen, da nach § 389 eine Rückwirkung der Aufrechnungserklärung auf den Zeitpunkt des Gegenüberstehens beider Forderungen eintritt; vgl. Förtsch, DJZ. **4** 489 und Hellwig, Anspruch 20 Note 47 a.

Leonhard, A.bürgR. **21** 184 ff.: Um von den Kosten des Rechtsstreits befreit zu werden, muß der Kläger auf eine Aufrechnung hin den Hauptantrag auf Verurtheilung fallen lassen. Gegenüber einer zulässigen eventuellen Aufrechnung kann er ihn jedoch insoweit aufrecht halten, als er noch die Tilgungsbestimmung nachfordert. Einer ausdrücklichen Erklärung bedarf es dazu regelmäßig nicht (184 ff.).

G. Pfizer, a. a. O. 46 ff., 49, 58: Die Kostenfrage zeigt, daß die Abweisung der Klage ohne Beweiseinzug über die Klageforderung, wenn der bestrittenen Klageforderung eine unbestrittene Gegenforderung im Wege der Aufrechnung entgegengestellt wird, gesetzwidrig ist; es ist vielmehr Beweis einzuziehen und trotz des äußerlichen Unterliegens des Klägers im Kostenpunkte nach §§ 92, 93 CPO. zu entscheiden.

7. Ermächtigt die Prozeßvollmacht zur Abgabe und zur Entgegennahme der Aufrechnungserklärung?

a) Verneinend: Förtsch, SächsA. **97** 401 u. DJZ. **4** 489, Planck, Fischer-Henle, Petersen, CPO. (4) 219, Könnemann, PosMschr. **3** 33, Petzold Gruchots Beitr. **44** 845; LG. Hamb., HansGZ. **00** 64.

b) Bejahend: Dernburg, Staudinger, Schollmeyer, Neumann, Gaupp-Stein CPO. **3** 343, Brettner, DJZ. **3** 343, Götte, A.bürgR. **17** 164, Scherer, JW. **01** 31, Dronke. DJZ. **7** 220, Raddatz SächsA. **00** 217, OLG. Breslau im R. **01** 561.

Wach, BuschsZ. 27 1 ff. Das Geltendmachen der Aufrechnung einer Gegenforderung ist im Sinne des BGB. je nachdem ein „Einwand" oder eine „Einrede", dagegen nach der CPO. immer eine „Einrede"; der prozessuale Einredebegriff reicht viel weiter als der materiell-rechtliche; nicht nur umfaßt er Prozeß- und Sacheinrede, sondern als letztere auch alle rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen. Das Wort „Einwendung" — CPO. § 529 Abs. 3 — umfaßt die „Einrede", geht aber erheblich weiter, es deckt auch die Negation und sagt nichts über die prozessuale Form. Zahlung ist Befriedigung, das Geltendmachen der Aufrechnung aber ist immer Vertheidigung, und diese ihre Eigenschaft als Vertheidigungsmittel ist die prinzipale Funktion der Aufrechnung im Prozeß, ihre rechtsgeschäftliche Bedeutung tritt dagegen ganz zurück; die Aufzählung im § 81 CPO. ist exemplifizirend; die Aufrechnungserklärung im Prozeß ist Prozeßhandlung, nicht civiles, zufällig in den Prozeß gefallenes Rechtsgeschäft.

Fitting, Festgabe der Halleschen Juristenfakultät für Dernburg, (1900): Ein und derselbe Akt kann zugleich Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung sein; § 81 CPO. hebt Vergleich, Verzicht und Anerkennung besonders hervor, da gerade bei diesen Akten die Eigenschaft als Prozeßhandlung hätte zweifelhaft sein

können, und da sie von den in dem gesetzlichen Umfange der Prozeßvollmacht begriffenen Akten die einzigen sind, die nach § 83 dem Gegner gegenüber wirksam ausgeschlossen werden können. Die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozesse wird als Prozeßhandlung behandelt im § 209 BGB. und in §§ 145 Abs. 3, 302, 322 Abs. 2, 529 Abs. 3 CPO., und zwar umfassen diese Paragraphen der CPO. ungeschieden sowohl die Erklärung der Aufrechnung, als auch die Berufung auf eine bereits vor dem Prozeß erfolgte Aufrechnungserklärung.

Lippmann, Iherings J. **43** 482: Die im Prozeß erklärte Aufrechnung ist Prozeßhandlung und nur Prozeßhandlung; 480 Note 47, 505 Note 79.

OLG. **1** 77, 139, **2** 294 (Hamb. und KG.); OLG. Dresden, SächsA. **11** 117 u. R. **5** 231; OLG. Karlsr., R. **5** 385; OLG. Kiel, SchleswHolstAnn. **01** 287; **RG.** Seuff. A. **57** 310, DJZ. **7** 215 u. R. **6** 262 (vgl. **RG. 50** 144, 427): Prozeßhandlung ist jede im Prozeßverfahren von einer Partei vorgenommene Handlung, durch welche sie zu Angriff oder Vertheidigung ihres Ermessens dienlichen Stoff dem Gerichte behufs Erwirkung eines ihr günstigen Urtheils vorlegt. Daß durch das Vertheidigungsmittel der Aufrechnungserklärung ein materiellrechtliches Geschäft geschlossen wird, nimmt der Handlung die Eigenschaft einer Prozeßhandlung nicht.

Die Aufrechnung im Prozeß erfolgt erst durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung: Kohler, Buschs Z. **24** 18, Wach ebenda **27** 15: Die gegentheilige Meinung würde zur völligen Zersetzung des Prozesses führen, indem sie unter Verkennung seiner Eigenart sich beliebig aus ihm civilistische Thatbestände konstruirte; OLG. Naumburg, R. **5** 231; siehe unter § 357. Anderer Ansicht: Scherer, Komm. **1** 457; **RG.** R. **6** 613, auch in einem vorbereitenden Schriftsatze wirksam, sofern nur der Wille des Erklärenden erkennbar darauf gerichtet war, nicht nur ein künftiges prozessuales Vorbringen anzukündigen, sondern damit zugleich die rechtsgeschäftliche Aufrechnungserklärung vorzunehmen.

Liebknecht, Vorbehaltszahlung: Die Aufrechnung, die in einem Schriftsatz erklärt wird, tritt schon mit Zustellung des Schriftsatzes, nicht erst mit Vortrag in der mündlichen Verhandlung in Wirksamkeit, sofern nicht der Wille des Aufrechnenden, dem prozessualen Zwecke des Schriftsatzes gemäß, auf bloße Ankündigung demnächstiger mündlicher Aufrechnungserklärung gerichtet ist (165, 117 ff. Note 33, ders., Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen 1898 § 26). Vgl. **RG. 52** 343.

Vgl. zu Vorstehenden oben Ziff. 3 a und b.

8. Aus der Praxis. a) KG. KGBl. **00** 32: Auf die Aufrechnung kann verzichtet werden. Vgl. § 391 Abs. 2 BGB. Den Mitgliedern einer Gesellschaft auf Gegenseitigkeit ist nicht gestattet, ihre Ansprüche gegen die Gesellschaft aus dem Versicherungsverhältnisse, namentlich auch Versicherungsentschädigungen, gegenüber den Forderungen der in Liquidation getretenen Gesellschaft auf Zahlung der Liquidationsbeiträge durch Kompensation geltend zu machen.

OLG. **3** 93 (Dresden): Ein Verzicht auf Aufrechnung wird dann anzunehmen sein, wenn in einer auch dem Schuldner erkennbaren Weise erhellt, daß dem Gläubiger an der Tilgung seiner Forderung durch Aufrechnung nichts gelegen sein kann, sein Interesse gerade darauf geht, Geld oder Geldeswerth in die Hände zu bekommen, die Ersatzleistung durch Aufrechnung nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien keine Vertragserfüllung sein würde.

b) LG. Dresden, R. **5** 517: Bestimmt ein schriftlicher Miethvertrag, daß die Aufrechnung von Gegenforderungen dem „Miethzinse" gegenüber ausgeschlossen sein soll, so ist unter Miethzins auch der Betrag zu verstehen, der, nach Höhe

des Miethzinses berechnet, wegen einer Rechtsverwirkung als Entschädigung zu zahlen ist.

c) OLG. Karlsr., BadRechtspr. **00** 315: Keine Aufrechnung einer Gegenforderung, bezüglich deren schiedsrichterliches Verfahren verabredet war.

KG. R. **5** 589: Keine Aufrechnung gegen noch nicht fällige Wechsel. Der Schuldner kann mit seiner Forderung nur soweit aufrechnen, als er die Schuld zu tilgen berechtigt ist.

LG. Heidelberg, BadRechtspr. **01** 164: Keine Aufrechnung mit Anspruch auf Gewährung eines zugesagten Darlehens gegen eine Kaufpreisforderung; vgl. **RG.** **52** 303 ff. u. R. **7** 153.

LG. Dresden, R. **5** 385: Schon mit Urtheilsrechtskraft, nicht erst mit Kostenfestsetzungsbeschluß wird die Prozeßkostenforderung zur Aufrechnung reif; vgl. dazu Reese, DJZ. **7** 459.

OLG. Colmar, Ztschr. f. ElsLothr. **25** 162: Aufrechnung nach § 124 Abs. 2 CPO. noch in Beschwerdeinstanz zulässig.

d) **RG.** **46** 98: Die gewöhnlichen Aufrechnungsregeln finden auf Forderungen nicht Anwendung, die sich, demselben Rechtsverhältniß entspringend, gegenüberstehen und sich von selbst miteinander ausgleichen (Masseforderung und Masseschuld aus einem zweiseitigen Vertrage, dessen Erfüllung der Konkursverwalter verweigert); dagegen sind Konkursforderungen und Masseforderungen ungleichartig (Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung einerseits, Masseforderung andererseits).

OLG. Karlsr., BadRechtspr. **02** 174: Das Recht zur Aufrechnung als solches unterliegt der Anfechtung im Konkurse nicht.

OLG. Marienw., PosMschr. **01** 25: Keine Aufrechnung von Seiten des Anfechtungsbeklagten gegen den Anfechtungskläger mit Forderungen des Schuldners gegen den Anfechtungskläger.

OLG. Dresden, R. **7** 153 u. Ann. **24** 266: Der Bürge kann, auch gegenüber dem Konkursverwalter des Gläubigers, die verbürgte Forderung durch Aufrechnung mit einer eigenen Forderung an den Gläubiger tilgen, selbst wenn er vom Gläubiger (Konkursverwalter) nicht in Anspruch genommen ist.

Seuff. Bl. **65** 296: Bei Gleichartigkeit des Rückgewährs- und Erstattungsanspruchs — § 38 KonkO. — hat der Anfechtungsgegner ein Aufrechnungsrecht.

9. **Uebergangsbestimmungen** OLG. **1** 139 (KG.): Die Frage, ob eine nach 1. 1. 00 erklärte Aufrechnung zulässig ist, entscheidet sich nach neuem Rechte, mag auch die Forderung unter altem Rechte entstanden sein. (Verwahrungsvertrag alten Rechtes: § 393 BGB.)

Gegen dieses Urtheil Rospatt, R. **4** 512 ff. und LG. Insterburg, Pos. Mschr. **00** 162; den Gründen des Kammergerichts zustimmend Scherer, JW. **01** 3.

RG. DJZ. **7** 92, JW. **01** Beil. 179 und Puchelts Z. **33** 81: Allerdings bestimmt sich die Aufrechnung in Ansehung ihrer Voraussetzungen, ihres Vollzugs und ihrer Wirkungen seit dem Inkrafttreten des BGB. nach dessen Vorschriften; es gilt dies jedoch nur, soweit nicht die Regel des Art. 170 EG. eine Abweichung bedingt. Beklagter, der 1895 auf Grund eines Verwahrungsvertrags (depos. irregul.) 480 M. erhielt, kann deshalb bis 1899 erwachsene Gegenforderungen nicht aufrechnen, weil solches nach dem für ihn damals geltenden gem. Rechte nicht statthaft war und seine Verpflichtung zur Herausgabe mit dieser Maßgabe entstand, daher aber auch fortdauert, obwohl das BGB. die Aufrechnung gegen einen Anspruch aus dem Verwahrungsvertrage nicht ausschließt.

§ 389. 1. a) von Hertzberg, Die Aufrechnung des BGB., ein merum jus compensationis, (Diss. 1898): Die Rückwirkungskraft der Kompensationserklärung beruht weder auf einer Fiktion, noch auf einer positiven Rechtsregel, sondern folgt aus dem Wesen des Instituts. Die Kraft der Kompensation liegt in der Willensmacht der kompensirten Rechte selbst; daher ist die Theilaufrechnung keine Ausnahme von § 266.

b) Leonhard, Aufrechnung 158, 201 ff.: Die Rückwirkung wird häufig den berechtigten Interessen der Parteien und der Auffassung des Verkehrs zuwiderlaufen. Die Vorschrift ist daher einschränkend auszulegen, insbesondere bei den Fragen des Verzugs, des Verfalls von Vertragsstrafen und der Kostenlast.

2. Binder, Bernhöft und Binders Beitr. zur Auslegung des BGB. **02** 23: Die Rückwirkung der Aufrechnung tritt nicht ein, wenn eine verzinsliche Kapitalforderung einer Forderung auf Rückgewähr von (in Geld veranschlagten) Nutzungen gegenübersteht. Denn diese letztere tritt der ersteren erst dann aufrechenbar gegenüber, wenn ihre Höhe ziffernmäßig bestimmt ist. Vgl. hierzu Langheineken R. **02** 386.

3. Lippmann, Jherings J. **43** 472 ff., 462 f., 450 ff.: Im § 389 handelt es sich nur um die Lösung obligatorischer Schuldverhältnisse in abstracto; er kann nur bei absoluter Gleichheit und Gleichwerthigkeit des beiderseitig zu Leistenden zur Anwendung kommen; die Leistungen werden aber inkommensurabel, wenn die Aufrechnung auch noch die Lösung anderweiter Rechtsverhältnisse (Pfandrecht, Bürgen) bezwecken soll. In den Fällen materieller Illiquidität, besonders bei Schadens- und Interesseforderungen, kann von einem bestimmten Zeitpunkte der Fälligkeit nicht geredet werden; solche Forderungen werden aufrechnungsfähig erst durch das Urtheil des Richters. Hier muß der Umstand, daß sie überhaupt schon vor der Zession vollgültig existent gewesen sind, zur Aufrechnungsfähigkeit gegenüber dem Zessionar genügen, § 406. Im § 268 handelt es sich gar nicht um Aufrechnung zwecks Erlöschens zweier Forderungen, sondern um eine Aufrechnung, die gesetzlich die Wirkung der Uebertragung einer einzigen, der zur Zwangsvollstreckung gestellten Forderung auf den Aufrechnenden hat.

4. Kiehl, Die Exmissionsklausel und das Aufrechnungsrecht des Miethers, Gruchots Beitr. **45** 753 ff.: Die Aufrechnung bewirkt nur, daß die Verzugsfolgen trotz der Säumniß des Schuldners ausbleiben, macht dagegen nicht die Thatsache der ausgebliebenen Erfüllung an sich ungeschehen; denn die im § 389 BGB. vorgesehene Fiktion, zufolge deren die beiderseitigen Forderungen ex tunc als erloschen gelten sollen, will nur einen entsprechenden Rechtszustand herbeiführen, nicht aber die rein thatsächlichen Vorgänge als solche negiren. Es soll der Fall nur so behandelt werden, als habe der Schuldner die Aufrechnungserklärung, ohne welche das Sichgegenüberstehen der beiden Forderungen wirkungslos bleibt, bereits in dem Augenblick abgegeben, in dem sich jene Forderungen aufrechnungsfähig gegenübertraten, so daß die Wirkung der vorausgesetzten Erklärung ebenfalls auf eben jenen Zeitpunkt zurückverlegt werden muß; die thatsächliche Unterlassung der Tilgung dagegen an sich kann nicht ungeschehen gemacht werden. Wenn also nach dem Vertragswillen das Exmissionsrecht schon an jene Thatsache und nicht erst an den Verzug geknüpft sein soll, kann der Räumungsanspruch des Vermiethers im Wege der Aufrechnung nicht beseitigt werden.

Der Grundsatz des § 389 BGB. von der Rückwirkung der Aufrechnung beruht auf dem Rechtsgedanken des Satzes dolo facit qui petit quod redditurus est, also auf dem Gedanken, daß der Gläubiger arglistig gehandelt hätte, wenn er am Fälligkeitstage hätte fordern wollen, wiewohl er wußte, daß er selbst

schuldig war. Die Aufrechnungserklärung des Schuldners hat sonach rückwirkende Kraft dann nicht, wenn der Gläubiger am Fälligkeitstage von der Gegenforderung des Schuldners nicht unterrichtet war und nicht unterrichtet sein konnte. Dagegen wendete sich der Vorwurf der Arglist gegen den Schuldner, der am Fälligkeitstage hätte aufrechnen können, trotzdem weder gezahlt noch aufgerechnet, den Gläubiger vielmehr im Ungewissen über die aufrechenbare Gegenforderung gelassen hat und nunmehr die Folgen seines Verzugs bei nachträglicher Aufrechnung dennoch beseitigt wissen will. Eine solche Art der Erfüllung entspräche nicht Treu und Glauben.

Vorbehaltlose Bezahlung der Miethraten trotz Kenntniß von einer aufrechenbaren Gegenforderung hat nur dann den Untergang der Gegenforderung zur Folge, wenn die Zahlung einen Verzicht in sich schloß. Der Gesichtspunkt des § 539 ist für die entgegengesetzte Ansicht nicht verwerthbar. . . Dagegen geht der Minderungsanspruch aus § 537 bei vorbehaltloser Zahlung gemäß § 814 zu Grunde. Siehe unter § 357.

5. Ueber die Kostenlast **RG. 50** 391 vgl. oben §§ 387, 388 Ziff. 6.

§ 390. 1. a) Oertmann R. **01** 448 behauptet (entgegen der Meinung Schollmeyers Komm. § 390 Nr. 2), daß § 390 auch auf anfechtbare Forderungen Anwendung finde. So verschieden auch Einrede und Anfechtbarkeit sein mögen, so giebt doch die Anfechtbarkeit dem Schuldner das Recht, die Erfüllung zu verweigern. Dies aber schließt nach dem zweifellosen Sinne des § 390 die Verwendung der Forderung zur Aufrechnung aus.

Goldschmidt, A.bürgR. **15** 172 f., 185, 227: Der Zustand der Aufrechenbarkeit mit einer sei es auch konnexen Forderung ist keine Einrede im Sinne des § 390; über den Grund des Satz 2 217 f.; gegen den „gefährlichen Irrthum", daß illiquide Forderungen von der Aufrechnung ausgeschlossen seien, 175 Note 48.

b) Oertmann a. a. O. Aus § 390 folgt durch argumentum a contrario die Aufrechenbarkeit gegen einredebehaftete Forderungen. Vgl. oben §§ 387, 388 Ziff. 2 a.

2. a) Liebknecht, Vorbehaltszahlung 110, zu Satz 2: Es wird jetzt nicht kompensirt, weil keine kompensable Forderung mehr besteht; es ist aber bereits kompensirt, freilich nur potestativ-bedingt, weil die Forderung einst der anderen kompensabel gegenüberstand; auf diese Thatsache kann sich der Kompensant berufen; die potestative Suspensivbedingung tritt ein, die Aufrechnung ist perfekt, und zwar vom Augenblicke des Gegenübertretens an.

Eccius, Gruchots Beitr. **42** 18, 238: Auch ein wegen Verjährung abgewiesener Anspruch kann noch gegenüber einer Forderung des Beklagten, die bereits vor Ablauf der Verjährungsfrist zahlbar war, zum Zwecke der Aufrechnung geltend gemacht werden.

Flechtheim, DJZ. **7** 320: Nach der Ansicht, daß bei gezahltem Kaufpreise der Wandelungsanspruch auf Rückzahlung gerichtet ist, würde, da § 479 den Wandelungsanspruch nicht trifft, dieser Anspruch gemäß § 390 Abs. 2 auch ohne rechtzeitige Anzeige zur Aufrechnung geeignet bleiben. Dieses Resultat steht in unlöslichem, sachlichem Widerspruche zu § 479.

b) Strohal, Erbrecht 452: Konnte der Gläubiger der ausgeschlossenen Forderung (§ 1973) zur Zeit des Wirksamwerdens der Ausschließung gegen eine zum Nachlasse gehörende Forderung aufrechnen, so bleibt ihm die Möglichkeit der Aufrechnung ungeachtet des Ausschlusses gewahrt. In Folge der durch den Ausschluß eintretenden Einschränkung der Haftung kann eine bereits vorher erworbene und selbst durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses unberührt bleibende Aufrechnungsmöglichkeit nicht entzogen werden. 496: Die einer gegen den Nach-

laß sich richtenden Forderung entgegenstehende Einrede aus § 1990 hindert den Gläubiger derselben nicht, sie gegen eine zum Nachlasse gehörende Forderung, hinsichtlich deren er Schuldner ist, aufzurechnen.

§ 391. **RG.** Seuff. A. 57 70 und Zschr. f. Handelsr. u. Bankw. **01** 288: Der Art. 219 Abs. 2 und 184c des (alten) HGB. schließen zwar das einseitige Kompensationsrecht des Aktionärs gegen seine Schuld aus der Zeichnung aus, aber sie lassen die auf Vereinbarung zwischen der Aktiengesellschaft und dem Aktionäre beruhende Aufrechnung fälliger Forderungen des Aktionärs zu.

§ 393. Lippmann, Jherings J. **43** 531 ff.: § 393 beruht nicht nur, wie die Motive erklären, auf dem Aequitätsprinzipe, sondern auf einem Anhauche des öffentlichen Rechtes (Buße); aus dem unrichtigen Standpunkte der Motive ist die einer genügenden Raison entbehrende Ausweitung der Bestimmung auf Erben, Zessionare, Schuldübernehmer geflossen.

§ 394. 1. Ueber Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht siehe unter § 273 Ziff. 4.

Auf Pappenheim, DJZ. **7** 86 ff. nimmt Bezug OLG. **6** 225 (Kiel): Das Zurückbehaltungsrecht ist nicht ausgeschlossen wegen Unpfändbarkeit der Forderung, gegen welche zurückbehalten werden soll. Sinngemäße Anwendung des § 394 auf den § 273 ist nach dessen klarem Wortlaut unzulässig, sie ist auch vom Gesetzgeber nicht gewollt. Ebenso Rohs JW. **02** 602. A.A. Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung 77 ff. und im Gewerbegericht **5** Sp. 137 ff., bes. 140. Vgl. Fröhlich, JW. **03** 118.

RG. **41** 51: Die Kompensationsbefugniß des Schuldners (nach altem Rechte) wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß die von ihm geschuldete Forderung einem Pfändungs- und Veräußerungsverbot unterliegt.

2. **RG.** in Strafsachen **26** 208 über Lohneinbehaltung und § 115 GewO.

Neukamp, Verwaltungsarch. **5** 225, 244 ff., über das Verhältniß von § 394 BGB. und §§ 115, 118 GewO.: §§ 115 Abs. 2 und 118 Gew.O. haben, soweit sie sich auf die Aufrechnung beziehen, ihre Geltung verloren, bleiben aber hinsichtlich des Verbots des Kreditirens und der Versagung des Klagerechts für die verbotenen Geschäfte in Kraft; die Ausnahmen in den beiden letzten Sätzen des § 115 behalten die Bedeutung, daß sie statt Baarzahlung Hingabe an Zahlungsstatt und Geltendmachung der auf Grund der darin erwähnten Geschäfte zustehenden Forderung anders als durch Aufrechnung gestatten.

Dagegen Cuno, Gewerbegericht **5** Sp. 83 f.: Es ist unzulässig, anzunehmen, daß von der einheitlichen Bestimmung des § 115 GewO. die eine Hälfte, die Zulässigkeit der Hingabe an Zahlungsstatt, bestehen bleibe, während die andere Hälfte, welche die Aufrechnung auf den Lohn gestattet, nach § 394 aufgehoben sein soll; insoweit kann § 394 gemäß Art. 32 EG. nicht Anwendung finden.

Wie Cuno gegen Neukamp mit ausführlicher Begründung Schmelzle, Seuff. Bl. **66** 289 ff., 305 ff.: Aufrechnung von Seiten des Arbeiters mit seiner Lohnforderung ist nach § 2 Abs. 2 des Lohnbeschlagnahmegesetzes („durch ein anderes Rechtsgeschäft") unzulässig (gegen Schollmeyer, Komm. 348); wegen eben dieses § 2 ist auch ein Aufrechnungsvertrag ausgeschlossen, nicht wegen § 394, der nicht zwingend ist und den Aufrechnungsvertrag nicht ausgeschlossen hat. Im § 115 Abs. 2 GewO. handelt es sich um einen Aufrechnungsvertrag, der als Ausnahme von § 2 Abs. 2 des LohnbeschlG. zugelassen wird; aber auch, wenn sich § 115 Abs. 2 Satz 2 auf die einseitige, gesetzliche Kompensation bezöge, ist er als Spezialvorschrift durch § 394 nicht berührt, Art. 32 EG.: § 394 hat lediglich die Regel, von welcher Satz 2 eine Ausnahme bildet, erweitert, daraus folgt aber nicht, daß nunmehr auch die Ausnahme von jener

Regel wieder beseitigt ist; § 119a GewO. hat es mit einem Kompensationsvertrage zu thun. § 134 Abs. 2 GewO. spricht nur von rückständigem Lohne; rückständig aber ist der Lohn, der am Zahltage nicht eingefordert wurde. § 2 Abs. 2 des LohnbeschlG. greift also gar nicht Platz, § 394 kann demnach nicht in Betracht kommen.

Fuld, Seuff. Bl. **66** 77 ff., 101 ff.: Nach dem Grundsatze lex posterior generalis non derogat legi priori speciali ist die Aufrechnungsbefugniß der §§ 115, 119a GewO. durch § 394 nicht modifizirt (ebenso Sigel, Gewerbegericht 6, Sp. 40, a. A. Stadthagen, Arbeiterrecht 138 ff.); dagegen ist Aufrechnung von Strafgeldern, von Schadensersatzforderungen wegen fahrlässiger oder vorsätzlicher Beschädigung von Maschinen, Arbeitsgeräth u. s. w. ausgeschlossen.

Dies hält für zulässig Cuno, Gewerbegericht **5** Sp. 64.

Uebereinstimmend mit Fuld Vollmer, Einfluß des BGB. auf den gewerbl. Arbeitsvertrag, Fischer's Ztschr. f. Pr. u. Gesetzg. d. Verw. **23** 13 ff. Die Landesgesetzgebung kann Aufrechnung gegen den Gesindelohn gestatten (ebenso Francke, ThürBl. **48** 1 ff., a. A. Neumann-Weimar, ebenda **47** 193 ff.; vgl. **49** 164 ff.).

3. a) von Frankenberg, DJZ. **5** 91 f.: Die Einziehung der nicht wegen Kontraktbruchs, sondern wegen sonstiger Verstöße verfallenen Ordnungsstrafen im Wege des Lohnabzugs ist unzulässig.

Thode, DJZ. **6** 304: Ein Urtheil des Gewerbegerichts Kiel spricht aus, daß mit Schadensersatzforderung wegen vorsätzlicher Zerstörung einer Maschine zwar — trotz einer den Arbeitgeber zur Einbehaltung des Lohnes in Höhe des ihm angerichteten Schadens berechtigenden Bestimmung der Arbeitsordnung — gegen die Lohnforderung nicht aufgerechnet werden könne, wegen der zwingenden Natur des § 394, daß aber hier die der Klageforderung entgegengesetzte Gegenforderung nach § 393 ebenfalls nicht kompensabel sei, und daß die beiderseitige Nichtaufrechenbarkeit sich aufhebe und die Aufrechnungsfähigkeit wieder hergestellt werde, nach dem Satze: dolo petit, qui petit, quod redditurus est; vgl. über diese Entscheidung Löwenbach, R. **5** 587, Sinzheimer a. a. O. 53 f.

Metzges, DJZ. **7** 47 hält die Arbeitsordnungsbestimmung, daß der Arbeitgeber im Falle einer Schadenszufügung durch den Arbeiter zur Einbehaltung des Lohnes in Höhe des Schadens berechtigt sein solle, und die Vereinbarung, daß Vorschüsse durch Einbehaltungen am Lohne getilgt werden sollen, für zulässig; in beiden Fällen komme § 394 überhaupt nicht zur Anwendung, denn Vorschüsse seien vorausbezahlter Lohn und jene Bestimmung sei nur eine Lohnabrede, daß der Arbeiter im Falle von Sachbeschädigungen nur einen geringeren oder gar keinen Lohnanspruch haben solle. Im § 115 GewO. sei selbstverständliche Voraussetzung die, daß Lohn überhaupt verdient ist.

b) Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung 35 ff. Die Einbehaltung der Löhne ist unzulässig. Enthält eine Arbeitsordnung eine Abrede über die Lohnvereinbarung, so wird mit Rücksicht auf § 139 BGB. für die Regel zu sagen sein, daß der Arbeitsvertrag auch ohne den nichtigen Theil abgeschlossen wäre. Die Abreden über die Zulassung der Zwangsaufrechnung sind daher einfach zu streichen. Der Arbeitsherr geräth durch die Nichtbezahlung des Lohnes nicht nur in Verzug, sondern er begeht auch eine unerlaubte Handlung. Denn § 394 ist ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2, sofern hierunter solche Bestimmungen verstanden werden, wie die herrschende Lehre annimmt, die nicht für Alle gelten, sondern nur für bestimmte Personen und Personenklassen (51 ff.).

c) AG. Cöln, Gewerbegericht **6** Sp. 123 ff. Trotz der Vorschrift des § 394 ist eine Lohnverwirkung nach § 134 Abs. 2 Gew.O. zulässig. Wenn

man behauptet, daß die Lohnverwirkung ihrem Wesen nach eine Aufrechnung sei und demnach § 134 Abs. 2 Gew.O. durch § 394 aufgehoben sei, verkennt man, daß die Aufrechnung ein Erlöschen der beiderseitigen Forderungen zur Folge haben muß, während der sog. Lohnverwirkung eigenthümlich ist, daß der Arbeitgeber von der Leistung des Lohnbetrags durchaus nicht befreit ist, sondern ihn nur zu einem anderen als seinem eigentlichen Zwecke verwenden muß. Wäre die Lohnverwirkung nichts anderes als eine Aufrechnung, so würde für die Vorschrift des § 134b Abs. 1 Nr. 5 Gew.O. kein Raum gewesen sein. Sonach kann die Lohnverwirkung nur als eine vertragsmäßige Herabsetzung des an und für sich verdienten Lohnes, als die Vereinbarung eines geringeren Lohnes für den Fall des Vertragsbruchs aufgefaßt werden.

A. M. Gewerbegericht Frankfurt a. M. im Gewerbegericht **7** Sp. 206 ff., vgl. Sp. 223. Die Lohnverwirkung ist eine bedingte vertragsmäßige Aufrechnung oder richtiger die vertragsmäßige Aufrechnung einer bedingten Forderung (ebenso Sigel, Gewerbegericht **6** Sp. 40). Diese erscheint nach § 394, welcher nach seiner Bedeutung als Ergänzung des Lohnbeschlagnahmegesetzes und des § 850 CPO. unbedingt zwingendes Recht darstellt, unzulässig. § 134 Abs. 2 Gew.O. ist sonach durch das BGB. beseitigt.

d) LG. Frankfurt a. O., KGBl. **02** 2. Der vom Arbeitgeber als Kaution zur Sicherung seiner Ansprüche einbehaltene Theillohn, welcher zu Gunsten des Arbeitgebers verfällt, wenn der Schnitter seine Arbeit vorzeitig und vertragswidrig verläßt, bleibt thatsächlich und rechtlich Arbeitslohn; die Bestellung als Kaution kann hieran nichts ändern. Verläßt der Arbeiter vorzeitig den Dienst, so ist Aufrechnung des Arbeitgebers gegen diesen Lohn mit einer Schadensersatzforderung wegen vorzeitigen Verlassens des Dienstes nicht gestattet.

e) Gewerbegericht München in Gewerbegericht **6** Sp. 75. In dem Falle, daß die Lohnforderung nicht beschlagnahmt und daher mit einer Ersatzforderung nicht aufgerechnet werden kann, ist gleichwohl Widerklage als zulässig zu erachten. Vgl. zu diesem Urtheile Redaktion des Gewerbegerichts, ebenda Sp. 76.

4. a) Mayer erörtert in Arbeiterversorgung **18** 125 ff. die Frage, ob durch § 394 der § 56 des Krankenversicherungsgesetzes in der Fassung vom 10. April 1892 in der Weise abgeändert worden sei, daß seit 1. Januar 1900 die Aufrechnung von Eintrittsgeldern und Geldstrafen (Ordnungsstrafen) gegen Forderungen der Unterstützungsberechtigten nicht mehr zulässig ist, und kommt zum Schlusse, daß § 394 BGB. den § 56 KVG. nicht geändert hat.

b) LG. Dresden, R. 5 309: Gegenüber dem Unterhaltsanspruche des unehelichen Kindes ist die Aufrechnung unzulässig; gegenüber den Ansprüchen der Mutter aus § 1715 jedoch zulässig, auch wenn diese Ansprüche nach § 1716 im Wege einstweiliger Verfügung geltend gemacht werden.

c) Platho, Ztschr. d. Ver. Deutsch. Eisenbahn-Verw. **00** 955 ff. giebt eine Uebersicht der auf Grund des Art. 81 EG. bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften über die Aufrechenbarkeit und Uebertragbarkeit der den Beamten u. s. w. zustehenden Besoldungsansprüche und fügt bei, daß bei Verschiedenheit dieser Landesgesetze nicht das Recht des Ortes der Abtretung, sondern das Recht am Sitze des den zedirten Anspruch begründenden Rechtsverhältnisses anzuwenden ist; vgl. RG. **9** 227, **10** 274, **20** 235.

§ 395. RG. Seuff. Bl. **00** 267: Ein Beamter, der in amtlicher Eigenschaft empfangene Gelder sich aneignet, kann sich auf eine Kompensation mit Gehaltsansprüchen nicht berufen. Er ist nach § 350 StrGB. strafbar.

§ 396. 1. Goldschmidt, A.bürgR. **15** 153 ff. Der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung (Anrechnungsbestimmung) im pr. ALR. und BGB. und die compensatio compensationis.

A. Hauptsatz: Der Widerspruch aus § 396 BGB. ist keine compensatio compensationis, sondern die Geltendmachung des dem Aufrechnungsgegner zustehenden Rechtes, die Anrechnung der aufgerechneten Gegenforderung, abweichend von der Anrechnungsbestimmung des Kompensanten, auf eine andere ihm zustehende Forderung gemäß der gesetzlichen Reihenfolge (§§ 366 Abs. 2, 367 BGB.) zu bewirken.

B. Folgesätze:

I. Der Widerspruch steht nur dem mehrfachen Gläubiger bezw. seinem Zessionar zu.

II. Die Anrechnung gegen eine verjährte Forderung ist unzulässig; § 390 Satz 2 BGB. greift nicht Platz.

III. Die im Prozeß erfolgte Geltendmachung der Forderung, auf welche angerechnet wird, unterbricht nicht deren Verjährung; § 209 Nr. 3 BGB. greift nicht Platz.

IV. Die Entscheidung über die Forderung, auf welche angerechnet wird, ist der Rechtskraft nicht fähig; § 322 Abs. 2 CPO. greift nicht Platz.

V. §§ 145, 302 CPO. sind auf die Forderung, auf welche angerechnet wird, nicht anwendbar, wohl aber § 146 CPO.

VI. Was die Beweislast anlangt, so ist:

a) der Kompensant beweispflichtig:
 α. für den Mangel einer Anrechnungsbestimmung;
 β. bei mangelnder oder widersprochener Anrechnungsbestimmung dafür, daß nach der gesetzlichen Reihenfolge auf die eingeklage Forderung anzurechnen war;

b) der Aufrechnungsgegner beweispflichtig:
 α. für die Erhebung des Widerspruchs (abweichend nach §§ 151, 152 I. 16 ALR.);
 β. dafür, daß die Anrechnungsbestimmung einem früheren Aufrechnungsgeschäfte widersprach;
 γ. für das Bestehen der Forderung, gegen welche aufgerechnet wird (woraus zu abstrahiren: Die Vertheilung der Beweislast für die aus demselben Rechtsverhältniß erwachsenen Thatsachen darf durch die prozessuale Parteirolle des Beweispflichtigen nicht verändert werden).

C. Nebensatz: Auch im Uebrigen gilt für das Recht des BGB. der Satz: „Compensatio compensationis non datur"; indem nämlich:

I. die Rüge der Uebergehung eines mit der aufgerechneten Gegenforderung in rechtlichem Zusammenhange stehenden Gegenanspruchs nichts als die Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 Abs. 1 BGB.) oder des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB.) gemäß § 390 Satz 1 BGB. ist, und indem

II. die Berufung auf ein entgegenstehendes Aufrechnungsgeschäft regelmäßig einer Zahlungseinrede gleichsteht.

Gegen Goldschmidt Lippmann, Iherings J. 43 503 ff.: Das Widerspruchsrecht des Aufrechnungsgegners in § 396 Abs. 1 und 2 ist materiell-rechtlicher Natur; es leugnet die Rechtswirksamkeit der Aufrechnungserklärung, spricht ihr den Rechtserfolg ab; es darf nicht zwischen Aufrechnung und Anrechnung geschieden werden (vgl. 446 ff., 465 ff.).

2. Breit, SächA. 10 133, 137 ff.: Nur der mehrfache Gläubiger hat das Recht des Widerspruchs nach § 396 Abs. 1 Satz 2 BGB., nicht aber der mehrfache Schuldner.

Wird eine der mehreren kompensablen Forderungen abgetreten, oder gepfändet, so geht das Recht des bisherigen Gläubigers, die Aufrechnung durch Widerspruch gemäß § 396 Abs. 1 abzuwenden, auf den neuen Gläubiger über. Das

Recht des Widerspruchs besteht für den Aufrechnungsgegner auch dann, wenn ihm die mehreren Forderungen zwar nicht sämmtlich gegen den Kompensanten zustehen, dieser aber kraft positiver Vorschrift zur Aufrechnung gegen eine Forderung befugt ist, die der Aufrechnungsgegner gegen einen Dritten hat, und er nunmehr gegen diese Forderung aufrechnet. Das Recht des Bürgen zur Erfüllungsverweigerung nach § 770 Abs. 2 zessirt, wenn dem Gläubiger mehrere Forderungen gegen den Hauptschuldner zustehen, die Bürgschaftsforderung aber nicht die nach § 366 primär befriedigungsbedürftige ist.

Aufrechnung gegen eine eingeklagte Theilforderung.

Beispiel: A klagt von der ihm gegen B zustehenden Forderung von 1000 den Theilbetrag von 500 ein. B macht compensando eine Gegenforderung von 500 geltend. Der Kläger replizirt, — entweder unbedingt, oder, falls er die Gegenforderung bestreitet, eventualiter —, daß er die Gegenforderung auf die nicht eingeklagten 500 verrechne, B widerspricht und verlangt auf Grund der Kompensation Klagabweisung. Eine Komplikation kann dadurch eintreten, daß der Kläger Zessionar der Theilforderung ist.

a) Die Einklagung eines Theilbetrags spaltet die ursprüngliche Forderung nicht „in mehrere Forderungen im Sinne des § 396". Sonach lassen sich für die Entscheidung die §§ 366, 396 überhaupt nicht verwerthen, da die vornehmste Voraussetzung für die Anwendung dieser Vorschriften — die Mehrheit der Schuldverhältnisse, der Forderungen — bei bloßer Einklagung eines mit der Hauptforderung in der Qualität übereinstimmenden Theilbetrags fehlt.

b) Kann der Schuldner die eingeklagte Theilforderung idealiter zahlen, was nicht zu bezweifeln ist, so kann er auch mit der Wirkung aufrechnen, daß gerade der eingeklagte Theilbetrag als zunächst getilgt gilt.

c) Trotzdem kann zu einer Verurtheilung des Beklagten gelangt werden, wenn man die scheinbare replica compensationis als Erweiterung des Klagantrags nach § 268 Ziff. 2 CPO. auffaßt. Daß noch nach Tilgung des Klaganspruchs eine Erweiterung des Klagantrags möglich ist, darf nicht bezweifelt werden.

d) Ist der Kläger auf Grund einer Theilzession Gläubiger des eingeklagten Theilbetrags, so greift § 396 ein, da die Zession die ursprüngliche Forderung in mehrere Forderungen zerspaltet.

3. a) Deichmann, Gruchots Beitr. **42** 583 ff.: Abs. 1 modifizirt das Wesen der Aufrechnung insofern, als alle Forderungen in Betracht kommen, mag auch eine derselben bereits vor der Fälligkeit der anderen mit der Gegenforderung durch das in Folge der Koexistenz entstandene Kompensationsrecht verbunden gewesen sein; die Aufrechnung bleibt jedoch auch hier ein durchaus einseitig wirksames Rechtsgeschäft; nicht das Stillschweigen des anderen Theiles, sondern die Aufrechnungserklärung tilgt: widerspricht der andere unverzüglich, so hat er damit nicht eine Offerte abgelehnt, sondern die einseitige Wirksamkeit der Aufrechnungserklärung bezüglich der Art der Anrechnung entkräftet. — Dagegen ist in Abs. 2 die Aufrechnungserklärung eine Offerte, und zwar nicht nur bezüglich der Art der Anrechnung, sondern ihrem ganzen Inhalte nach; es ist hier eine Bestimmung über den Aufrechnungsvertrag in die Aufrechnungslehre hineingekommen.

b) Sontag, A.bürgR. **21** 10 ff.: Die Aufrechnung auf eine Forderung, welche aus Hauptleistung, Zinsen und Kosten besteht, regelt das BGB. durch Verweisung auf die entsprechende Bestimmung bei der Zahlung (§ 367). Hieraus darf jedoch nicht gefolgert werden, daß, wenn der Kompensant eine Anrechnung in anderer Reihenfolge als der des § 367 beliebt, der Aufrechnungsgegner die Aufrechnung als solche (wie dort die Zahlung) ablehnen darf; denn dann würde anomal für

die Aufrechnung des § 396 Abs. 2 ein Vertrag erfordert. (So Planck, BGB. Anm. 2 zu § 396; Deichmann, Gruchots Beitr. **42** 589 f., Goldschmidt, A. bürgR. **15** 224 f.). Vielmehr muß die „entsprechende Anwendung" des § 367 so verstanden werden, daß das Ablehnungsrecht des Aufrechnungsgegners sich nur auf die Reihenfolge, in welcher Hauptleistung, Zinsen und Kosten zur Verrechnung herangezogen werden, erstreckt, nichts aber an der Thatsache zu ändern vermag, daß durch die einseitige Erklärung des Aufrechnenden dessen Forderung und die aus Hauptleistung 2c. bestehende Gegenforderung zur Aufrechnung vinkulirt sind.

Francke, R. **6** 318 gegen Sontag für die gemeine Meinung.

4. Bendix, Privatr. 365 f.: Die Zulässigkeit der replica compensationis kann nicht absolut verneint werden. Der klagende Gläubiger wird vielmehr gegenüber dem Kompensationseinwande die Verrechnung auf eine andere ihm zustehende, nicht eingeklagte Forderung nicht bloß im Falle der Konnexität und einer abweichenden vertragsmäßigen Regelung der Kompensation verlangen können; auch die Berufung darauf ist zulässig, daß einer der beiden Theile bereits vorher, selbst z. B. in der Klage, ohne daß unverzüglicher Widerspruch erfolgte, eine anderweite Bestimmung getroffen habe, oder daß die gesetzliche Ordnung, der gesetzliche Aufrechnungsmodus des § 366 Abs. 2 die Kompensation mit der nicht eingeklagten (replizirten) Forderung erheische.

5. Breit, SächsA. **10** 121 ff., 127 ff.: Eine verjährte Forderung ist im Sinne der §§ 366, 396 als eine Forderung anzusehen, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet.

v. Seeler, A. bürgR. **15** 104 ff.: Im Falle des § 366 kann niemals eine verjährte Forderung vor einer klagbaren als getilgt betrachtet werden; im Falle des nach Sinn und Zweck durchaus verschiedenen § 396 dagegen ist eine verjährte Schuld unter den Begriff „einer Schuld, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet," zu subsumiren.

Vgl. Formularbuch für die freiw. Gerichtsbarkeit (auf Veranlassung des Berliner Anwaltvereins) **01** 249 Note 1.

Vierter Titel.

Erlaß.

§ 397. 1. a) **RG.** DJZ. 7 240: Der Erlaß einer durch Uebernahme einer Bürgschaft übernommenen Verpflichtung kann nach § 397 nur durch Vertrag des Bürgen mit dem Gläubiger erfolgen.

b) KG., KGJ. **23** A 11. Der mit der eingetretenen Großjährigkeit in vollem Umfange geschäftsfähig gewordene Mündel ist durch die Vorschriften über die Rechnungslegung des Vormundes (§ 1890 ff.) nicht behindert, dem seitherigen Vormunde gegenüber auf die Rechnungslegung wirksam zu verzichten, d. h. dem Vormunde durch Vertrag die Verpflichtung zur Rechnungslegung zu erlassen. Eine Erklärung des früheren Mündels lediglich gegenüber dem Gericht, er verzichte auf Legung der Schlußrechnung ist für das Verhältnis des bisherigen Mündels zum Vormund ohne Wirksamkeit.

2. a) OLG. Hamb., Seuff. A. **56** 169: Ein vor dem 1. 1. 00 erklärter, nach früherem Rechte wirksamer Verzicht kann nicht deshalb in Frage gestellt werden, weil er gegen § 138 BGB. verstößt.

b) Kohler, Handb. des deutsch. Patentr. 527: Zum Verzicht auf die Lizenz genügt die einseitige Erklärung des Lizenzberechtigten an den Patentberechtigten; zur Loslösung von unterliegenden obligationenrechtlichen Verhältnissen aber ist nach § 397 ein Vertrag nöthig.

3. Das gesetzliche Vorkaufsrecht des preußischen Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 § 57 Abs. 3 steht dem jeweiligen Eigenthümer des verkleinerten Grundstücks zu. Ein Grundstückseigenthümer ist deshalb nicht befugt, auch für seinen Rechtsnachfolger auf das diesen gesetzlich zustehende Vorkaufsrecht zu verzichten. LG. Thorn, CBlFrG. 2 488.

Vierter Abschnitt.

Uebertragung der Forderung.

§§ 398, 399. 1. a) Schollmeyer, Komm. 358: Der abstrakte Zessionsvertrag kann unter einer Bedingung abgeschlossen werden, also auch unter der Bedingung, daß ein gültiger Kaufvertrag 2c. über die Forderung zwischen dem Zedenten und dem Zessionar noch zu Stande kommt, und dann ist die Abtretung von der Gültigkeit ihres Rechtsgrundes abhängig.

Nach § 398 tritt durch die Abtretung der neue Gläubiger völlig an die Stelle des bisherigen Gläubigers; dieser kann von da an folglich jetzt weder durch einen in eigenem Namen geschlossenen Vertrag ein accessorisches Recht für den nunmehrigen Gläubiger begründen, z. B. ein Pfandrecht (§ 1205 Abs. 1) oder einen Bürgschaftsanspruch (§ 765 Abs. 1), noch durch eine in eigenem Namen vorgenommene Rechtshandlung die Verjährung zu Gunsten des von ihm verschiedenen neuen Gläubigers unterbrechen (vgl. §§ 208, 209). Der § 407 beruht auf besonderen Billigkeitsgründen und berechtigt keineswegs zu der Schlußfolgerung, daß auch alle dem Zessionar vortheilhaften Handlungen vom Zedenten in eigenem Namen mit derselben Wirkung wie vom Zessionar selbst vorgenommen werden können. **RG. 52** 184, JW. **02** 548 Nr. 20. S. dazu Eccius, DJZ. **03** 209.

RG. R. **7** 47: Mit dem Abschlusse des Zessionsvertrags ist eine Zession als zur Rechtswirksamkeit gelangt anzusehen und damit das Beiseiteschaffen der cedirten Forderung (§ 288 StGB.) für vollendet zu erachten.

RG. R. **6** 594: Wenn der zedirende Gläubiger den Schuldner über seine Gläubigereigenschaft täuscht und die zedirte Forderung von ihm einzieht, so macht er sich des Betrugs schuldig; beschädigt ist der neue Gläubiger.

RG. Seuff. A. **48** 276: Dem Zessionar kommen auch die dem Zedenten aus dem Kontrakte zustehenden Rechte aus den Artt. 354 ff. HGB. (alt) zu; wenn aber der Zessionar, statt Erfüllung oder Schadensersatz zu fordern, von dem Vertrag abging, so traf er diese Wahl unter den ihm nach Art. 355 HGB. (alt) zustehenden Rechten auf eigene Gefahr. Das Recht des Zedenten auf die Zessionsvaluta kann daher durch eine derartige Handlungsweise des Zessionars nicht verloren gehen, wenn die abgetretene Leistung zu Recht bestand, die Erfüllung der Obligation rechtlich erzwingbar und ihre Nichterfüllung von einem Verschulden des Zedenten unabhängig war.

b) OLG. Celle, Seuff. A. **52** 424: Der Aussteller einer Tratte an eigene Order kann den Anspruch aus der ihm gegenüber für die Einlösung des Wechsels übernommenen selbstschuldnerischen Bürgschaft auch nach der Indossirung des Wechsels cediren; sein Wechselanspruch ist durch das Indossament nicht verloren gegangen, sondern nur in seiner Ausübbarkeit dadurch bedingt geworden, daß er den Wechsel, dessen Besitz zur Ausübung des Wechselrechts gehört, im ordentlichen Wechselzuge wieder erwarb; das in dieser Weise bedingte Recht des Ausstellers ist durch Zession übergegangen. Dann muß es aber genügen, wenn die Bedingung seiner Ausübbarkeit, die Erlangung des Besitzes des Wechsels im ordentlichen Wechselzug, auch nur in der Person des Zessionars eingetreten ist.

RG. Seuff. A. **54** 147: Die Frage, ob der klagende Zessionar den Beklagten mit einer gegen den Zedenten begründeten Gegenforderung an den diesem verbliebenen Theil der Forderung verweisen darf, ist zu verneinen. Der Zessionar hat keine prozessuale Verfügung über den ihm nicht abgetretenen Theil der Forderung; er ist aber auch zu materiellen Verfügungen über den dem Zedenten verbliebenen Theil der Forderung nicht befugt, auch dann nicht, wenn ihm der Theil der Forderung mit dem Vorzugsrechte vor dem Ueberrest abgetreten wird. Die zwischen dem Zedenten und dem Zessionar getroffene Abrede, auch wenn sie dahin aufzufassen ist, daß der von der Gegenforderung des Beklagten nicht getroffene Theil der Forderung abgetreten werde, ist für den Beklagten (den debitor cessus) nicht bindend. Uebereinstimmend OLG. Hamb., Seuff. A. **54** 401.

c) OLG. **4** 337 (Dresden): Ist in einem Sparkassenstatut bestimmt, daß der im Buche bezeichnete Gläubiger die Einlage einem Dritten dadurch abtreten darf, daß er das Buch auf den Dritten umschreiben läßt, so wird durch diese lediglich die Legitimation des Dritten betreffende Bestimmung die Wirksamkeit der Abtretung im Verhältnisse zwischen dem Abtretenden und dem Erwerber der Forderung nicht berührt; auch ohne Uebergabe und Umschreibung des Buches geht die Forderung über, vorbehaltlich der Möglichkeit, daß sich die Sparkasse durch Zahlung an den Buchinhaber befreien kann.

Jacobi, Werthpapiere 241: Zur Uebertragung des Rechtes aus dem Werthpapier ist nach Reichsrecht Papierübergabe nothwendig. Vgl. Schollmeyer 360.

Kohler, Handb. d. deutsch. Patentrechts 529, 535: Der quasidingliche Vertrag kann außerhalb des Patentamts, er kann formlos abgeschlossen werden; auf Grund desselben sind beide Theile nicht bloß obligationenrechtlich gebunden, sondern der dingliche Erfolg (die Uebertragung; wichtig für Vermächtniß § 2174) ist bereits eingetreten, er ist formlos eingetreten nach §§ 413, 398, 1069, 1274. Die Wirkung des Eintrags in die Patentrolle ist also nicht die Vollendung des quasidinglichen Vertrags, — die Wirkung des Eintrags liegt in der Aktionsfähigkeit und in der Legitimation. Hat A formlos das Patent auf B übertragen und darauf an C, so ist für die Rechtsfrage, wem das Patent angehört, dieser dingliche Vertrag entscheidend, nicht der Eintrag in der Patentrolle. Natürlich ist von diesen Beiden derjenige aktionsberechtigt, welcher die Eintragung erwirbt, allein das dingliche Recht selbst steht dem ersten Erwerber zu. Vgl. Hellwig, Rechtskraft 377.

2. Schollmeyer, Komm. 361: Daß eine Forderung aus einem gegenseitigen Schuldverhältnisse herrührt, steht ihrer Abtretung nicht entgegen; doch kann der debitor cessus seine Einwendungen wegen Nichterfüllung des gegenseitigen Schuldverhältnisses auch dem Zessionar entgegensetzen. Das Schuldverhältniß selbst, aus welchem die Forderung hervorging, kann nicht abgetreten werden. Vgl. Windscheid (8) II 361; ROHG. **12** 77; **RG.** **6** 379, **13** 12, **51** 172, Seuff. A. **48** 274, **54** 410 (actio pro socio), R. **6** 507 Nr. 2319, 594, Nr. 2765, OLG. **3** 408 (Breslau), R. **6** 43 Nr. 137.

3. a) Windscheid (8) II 361: Die bloß zukünftige Forderung, d. h. die Forderung, für welche noch nicht einmal der Grund gelegt ist, ist nicht übertragbar.

OLG. **4** 213 (mit Literaturangaben) u. HansGZ. **02** 27 (Hamb.): Das BGB. (vgl. **RG.** **8** 193) enthält besondere Bestimmungen über die Abtretung zukünftiger Forderungen nicht; auch haben sich weder die Motive, noch die Protokolle mit dieser Frage beschäftigt. Man wird aber sagen dürfen, daß gerade deshalb, weil dies nicht geschehen, von keiner Seite bezweifelt wurde, daß dem praktischen Bedürfniß entsprechend, auch bloß zukünftige Forderungen von der Zessionsmöglichkeit nicht ausgeschlossen sein sollten; schon die Grundsätze des § 308 können

im einzelnen Falle den Zessionsvertrag halten; § 310 kommt nicht in Frage; § 306 ergiebt keine andere Entscheidung. — Vgl. Heuer, DJZ. 8 28: Im § 398 seien unter „Forderung" auch zukünftig erst entstehende Forderungen zu verstehen; die II. Kommission habe (Prot. I 381) als unbedenklich behandelt, daß Kreditanstalten bei Gewährung von Kredit zu umfangreichen Lieferungsgeschäften sich die dem Kreditnehmer gegen den Besteller erwachsenden Ansprüche zur Sicherstellung abtreten lassen, und hier könne die Kommission nur zukünftige, erst entstehende Ansprüche im Auge gehabt haben. Die Wirksamkeit der Abtretung zukünftiger Forderungen folge auch aus § 308, und dafür spreche auch § 437, nach welchem die Zession zukünftiger, nur möglicher Weise nicht entstehender Forderungen nicht nichtig sein könne, und die Möglichkeit der Uebertragung von Vermögensganzen; nur müsse eine so genaue Bezeichnung des Rechtsgrundes, aus dem die zedirten Forderungen entstehen sollen, gefordert werden, daß über das Objekt der Abtretung kein Zweifel bestehen kann. Ebenso Abrahamsohn, das. 343, dagegen Straus 342. Uebereinstimmend OLG. Naumburg, R. **6** 234 Ann. d. OLG. Dresden **24** 114 (künftige Miethszinsen).

b) Wenn der Gläubiger einer Höchstbetragshypothek (§ 1190 BGB.) sich bei der Abtretung in der Urkunde des Wortes „Sicherungshypothek" bedient, so kann daraus (arg. § 1190 Abs. 3) kein Bedenken hergenommen und nicht der Schluß abgeleitet werden, daß eine gewöhnliche Sicherungshypothek im Sinne des § 1184 habe abgetreten werden sollen. — Die Abtretung ferner ist wirksam und muß eingetragen werden, ohne daß zunächst die Feststellung der der Hypothek zu Grunde liegenden Forderung erfolgen mußte. Daraus, daß nach § 1190 Abs. 4 bei der Höchstbetragshypothek die Forderung nach den für die Uebertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen werden kann, folgt nicht, daß dies unter allen Umständen geschehen müsse, und daß nicht auch der Gläubiger die Forderung mit der Hypothek in den Formen des § 1154 Abs. 3 übertragen dürfe, freilich mit der Wirkung, daß er für den Fall der Feststellung eines die abgetretene Summe übersteigenden Betrags der Forderung die Hypothek insoweit verliert, als dieser Betrag die Grenze der eingetragenen Haftungssumme überschreitet. Daß die Forderung nur nach ziffernmäßiger Feststellung mit der Hypothek abtretungsfähig sei, geht aus dem Gesetze nicht hervor. OLG. **4** 320 (KG.).

RG. R. **6** 100: Der aus § 25 des preuß. Eisenbahngesetzes von 1838 abzuleitende Schadensersatzanspruch wegen Brandbeschädigung kann schon beim Versicherungsabschlusse des Eisenbahnanliegers mit der Feuersozietät an letztere mittelst Bezugnahme auf die betreffende Reglementsbestimmung der Sozietät im Voraus übertragen werden.

4. Zession rechtshängiger Klagansprüche:

a) Hellwig, Rechtskraft 153 ff.: Das Resultat Steins, daß der Richter nicht die zur Zeit der letzten Thatsachenverhandlung, sondern die zur Zeit der Veräußerung bestehenden Verhältnisse seiner Entscheidung zu Grunde zu legen habe, — ist handgreiflich unhaltbar: ein Urtheil, welches auf die Vergangenheit abstellt und die Gegenwart, auf welche es allein ankommen kann, — nicht berücksichtigt! Materielle Geschäfte des Zedenten sind ungültig, dagegen kann der Veräußerer, da er Partei bleibt, alle Prozeßhandlungen vornehmen, insbesondere auch Klageverzicht und Klaganerkennung: ein Prozeßvergleich des Veräußerers beendigt jedenfalls das Prozeßverhältniß, womit wohl vereinbar ist, daß der Erwerber an die materielle Disposition nicht gebunden ist. Das Urtheil kann nur auf den Namen des Veräußerers gestellt werden, die Verurtheilung nur auf Leistung an den Erwerber; eine Vollstreckungsgegenklage des Schuldners gegen den Versuch des Klägers, ein etwa auf Leistung an den

Kläger lautendes Urtheil selbst beizutreiben, wäre unmöglich, da die Einwendung nicht erst nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden ist. Zur Exekution legitimirt ist auf Grund des Urtheils nur der Zedent (so daß der Gerichtsvollzieher den Erlös an den Zessionar abzuliefern hat), der Zessionar wird es erst nach Maßgabe der §§ 727, 731 CPO., und § 727 schließt bestimmt aus, daß der Zessionar eine Ausfertigung des nur vorläufig vollstreckbaren Titels erlangen kann. Der Beklagte muß auch alle aus der Person des Erwerbers hergeleiteten Einwendungen rechtzeitig vorbringen, — also auch die Einwendung, daß durch eine dem Zessionar gegenüber vollzogene Aufrechnung die Klageforderung untergegangen ist. Vgl. Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts I 344 ff.

b) Lippmann, Iherings J. 45 391 ff. bekämpft die Theorien von Gaupp-Stein, Mandry-Geib, Eccius, Kohler, Stegemann und Wach und führt aus:

§ 265 CPO. statuirt eine Cäsur des Verfahrens: Der Prozeß nach § 265 CPO. behandelt immer nur die eine Frage, ob der vom Kläger geltend gemachte Anspruch an sich besteht oder nicht, — während die Frage der Zession immer erst auf Klage des Schuldners nach §§ 767, 768 CPO. oder auf Klage des Zessionars auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel entschieden wird; erst dieses Urtheil schließt den Streit definitiv ab. Materiell-rechtliche Dispositionsbefugnisse über den zedirten Anspruch selbst hat nur der Zessionar, — Verfügungen des Zedenten (Verzicht, Vergleich) wirken nur dem Prozeßgegner gegenüber auf Grund der Prozeßobligation. Der Zedent ist Herr in dem Prozesse, der Zessionar ist Herr über den Prozeß. Der Zedent ist leibhaftig Partei, auf seinen Namen ist das Urtheil zu stellen, — der Schuldner kann die ihm aus der Person des Zedenten vor oder nach der Zession entstandenen Gegenforderungen geltend machen, — mit Wirkung gegen den Zessionar indessen nur die vor der Zession entstandenen; Gegenforderungen aus der Person des Zessionars kann der Schuldner nicht geltend machen; für alle Einwendungen aus der Person des Zessionars ist in dem Zwangsverfahren des Zessionars der richtige Platz. Und nur dem Zessionar steht die Zwangsvollstreckung zu, auch aus einem nur vorläufig vollstreckbaren Urtheile.

5. Ueber die Frage, ob die Abtretung der Rechte aus einem über ein Grundstück geschlossenen gerichtlichen oder notariellen Vertrag eben dieser Form bedarf oder nicht, s. o. zu § 313 Ziff. 8.

Außerdem: Hellwig, Verträge 174 f.: Ebenso wie die Sukzession in das Recht des Grundstückskäufers durch formlose Zession zulässig ist (übereinstimmend Schollmeyer, Komm. 360), so gilt dies auch für die Bewirkung der passiven Rechtsnachfolge, d. h. für die Abrede zwischen Uebernehmer und Gläubiger über den Eintritt in die Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung; dagegen ist die Abrede zwischen Uebernehmer und Urschuldner (Grundstücksverkäufer), daß jener die Verpflichtung zur Erfüllung des eingegangenen Versprechens übernimmt, eine neue Erzeugung der Verpflichtung, das Eigenthum an einem Grundstücke zu übertragen. Deshalb ist diese Vereinbarung nichtig, wenn sie nicht in der Form des § 313 geschlossen ist oder durch Vollziehung der Auflassung gültig wurde.

RG. 53 270, JW. 03 Beil. 34: Die Parteien haben sich nicht zur gegenseitigen Uebertragung des Eigenthums an Grundstückstheilen verpflichtet, sondern sich gegenseitig ihren obligatorischen, gegen die Kläger begründeten Anspruch auf Auflassung bezüglich zweier Grundstückstheile abgetreten; die Rechtswirksamkeit solcher Abtretungen kann einem Bedenken nicht unterliegen, die Formvorschrift des § 313 Abs. 1 kommt nicht zu entsprechender Anwendung, da sie eine Ausnahmebestimmung ist.

6. An dem im früheren Rechte festgestellten Grundsatze, daß ne Simulation der Zession nicht schon dann vorliege, wenn die Kontrahenten bloß darüber einig waren, daß durch die Abtretung die Forderung nicht veräußert, aus dem Vermögen des Zedenten nicht in das des Zessionars übergehen solle, sondern daß dazu weiter erforderlich sei, es solle dem Rechtsgeschäfte der Abtretung gar keine, nicht einmal diejenige Wirkung innewohnen, daß der Zessionar die Befugniß zur Einziehung und Einklagung der als zediert bezeichneten Forderung dem Schuldner gegenüber erlange, ist auch — gegen Stammler, Schuldverh. 197 — nach dem BGB. festzuhalten. — Wenn auch dahingestellt bleiben kann, ob die Einrede der simulirten Zession das Vorhandensein eines besonderen eigenen Interesses auf Seiten des beklagten Schuldners voraussetzt (dafür Rehbein, — a. M. Leske, Scherer, Cosack, Neumann, Motive), so liegt jedenfalls dann ein Interesse vor, wenn der Schuldner seine Schlechterstellung als Prozeßpartei darzuthun vermag. Eine solche Schlechterstellung liegt vor, wenn die Partei in die Lage gebracht würde, mit ihrem Anspruch auf Ersatz der ihr erwachsenen Kosten auf eine gänzlich mittellose Person angewiesen zu sein, und wenn es ermöglicht würde, daß die Gläubiger ihren eigenen Anspruch bezeugen. KG. KGBl. **02** 16 (mit weiteren Nachweisen).

OLG. Colmar, R. **5** 385 Nr. 1473: Der Anfechtung wegen Mangels der Ernstlichkeit unterliegt die Zession einer Forderung nicht schon dann, wenn nicht der in der Abtretungsurkunde benannte Zessionar, sondern ein Dritter derjenige ist, der dem Zedenten die abgetretene Forderung abgekauft und den Zessionspreis bezahlt hat; hierdurch wird die formale Legitimation jenes Zessionars zur Einziehung der abgetretenen Forderung nicht ausgeschlossen. Vgl. Seuff. A. **51** 154 (BayrObLG.) u. OLG. **4** 212 (KG.).

Cessio fiduciae causa zuläſſig nach Endemann I 674, Dernburg II 304, Schollmeyer 362, unzulässig nach Stammler, Recht der Schuldverh. 196; vgl. den besonders gearteten Fall **RG. 51** 397.

Zessionar als Inkassomandatar **RG. 52** 218, vgl. dazu Eccius, DJZ. **8** 210.

7. Seuff. A. **56** 260 (OLG. Hamb.): Jedenfalls soweit es sich um die Wirksamkeit des Forderungsüberganges dem Schuldner und Dritten gegenüber handelt, ist dasjenige Recht maßgebend, welchem das Schuldverhältniß, aus welchem die Forderung sich ergiebt, untersteht. Wenn also auch die Wirksamkeit der Zession in dem Verhältnisse zwischen Zedenten und Zessionar nach dem für den Sitz des Zessionsgeschäfts maßgebenden Rechte zu beurtheilen ist, so entscheidet sich doch nach dem Rechte des Ortes, wo die Obligation, der die Forderung entstammt, ihren Sitz hat, ob der dingliche Vertrag, durch welchen eine Sondernachfolge in die Forderung bewirkt wird, zur Vollziehung gelangt ist; vgl. R. **6** 587 Nr. 2656 (OLG. Breslau) u. Seuff. A. **57** 346 (OLG. Königsberg).

8. Einzelne Fälle. **RG. 52** 6: Die vertragsmäßige Verpflichtung des Grundstückseigenthümers dem Hypothekengläubiger gegenüber, die Hypothek löschen zu lassen, wenn und soweit sie sich mit dem Eigenthum in einer Person vereinigen würde, ist zulässig, und dieses Vertragsrecht ist übertragbar.

LG. u. OLG. München, R. **5** 231 Nr. 745: Der Anspruch auf Ausbezahlung eines sog. Baudarlehens (aus dem pactum de mutuo dando) ist nicht übertragbar und daher gemäß § 851 CPO. nicht pfändbar. Vgl. Schollmeyer 364, **RG. 38** 308.

OLG. **4** 46, Seuff. A. **57** 136 (Kiel) läßt dahingestellt, ob § 648 dem Bauhandwerker nur ein höchst persönliches, der Abtretung nicht fähiges Recht verleiht; vgl. Teutsch in Seuff. Bl. **67** 118 ff. und unten zu § 401 Ziff. 2.

BayrObLG., Seuff. A. 53 269: Die Zession der Forderung an den Bürgen ohne die Zession der Forderung an den Hauptschuldner ist gültig und wirksam. Das Verhältniß ist so, wie wenn zwei Solidargläubiger zwei Solidarschuldnern gegenüberstünden.

OLG. Braunschw., Seuff. A. 53 245: Das Vorrecht des § 61 Ziff. 2 KO. ist ein privilegium causae, also mit der Forderung zessibel.

RG. Seuff. A. 56 412: Die Rechte aus einem Konkurrenzverbote sind im Zweifel nicht höchst persönlich, sondern übertragbar, wie überhaupt die Uebertragbarkeit der Rechte die Regel bildet. Ein solches Verbot wird vereinbart, um den Werth des erworbenen Geschäfts zu erhöhen und dem Käufer einen vermehrten Nutzen zu gewähren; ein solcher kann aber dem Erwerber nicht nur durch den Betrieb des Geschäfts, sondern auch durch dessen Weiterveräußerung (in Verbindung mit dem Rechte aus dem Konkurrenzverbote) zufließen; vgl. **RG. 37** 178.

Schubart, Die Untermiethe 17: Der Gebrauchsanspruch des Miethers einer Sache ist eine höchst persönliche Forderung; er hört auf, es zu sein, wenn generell die Erlaubniß zum Untervermiethen (549) ertheilt wird.

LG. Breslau, BreslAK. 01 33: Die Leistungen aus dem Altentheilsvertrage des preußischen Rechtes sind zum Theil mit der Person des Altentheilsberechtigten eng verbunden, z. B. Gewährung einer Wohnung, Mitbenutzung des Gehöfts, des Brunnens, des Gartens, — zum Theil auch unabhängig von der Person des Berechtigten, z. B. periodisch wiederkehrende Gewährung von Naturalien, zumal wenn an deren Stelle Geldbeträge treten können. Die ersteren Leistungen sind nicht abtretbar, deshalb auch nicht pfändbar, während die letzteren der Uebertragung und Pfändung zugänglich sind.

OLG. 1 307 (KG.): Der Anspruch gegen die einzelnen Genossen auf Leistung der Nachschüsse ist von der Persönlichkeit der Genossenschaft als solcher untrennbar; der Zweck des Vertheilungsverfahrens würde vereitelt werden, wollte man seine Veräußerung zulassen. Eine solche liefe nicht nur dem mit den Genossen geschlossenen Vertrage zuwider, sondern sie änderte auch in der Hand des Zessionars völlig den Inhalt des abgetretenen Anspruchs, indem dieser dem Genossen nichts von alledem, wozu ihm die Genossenschaft verpflichtet ist, zu gewähren vermöchte.

OLG. Stuttg., WürttJ. 13 347: Die Uebertragbarkeit der von einem Lizenzträger durch den Lizenzvertrag erworbenen Rechte kann im Allgemeinen grundsätzlich nicht wohl verneint werden.

Kohler, Handb. d. deutsch. Patentr. 516 ff.: Die Lizenz ist unübertragbar: sie wird zur Eigenbenutzung, nicht zur Benutzung durch Fremde gegeben. Vertragsmäßig kann allerdings das Lizenzrecht als ein veräußerliches bestellt werden. Eine Veräußerung der Lizenz ist statthaft, wenn das ganze Unternehmen veräußert wird, sei es mit oder ohne Firma.

§ 400. 1. G. Meyer, Recht der Beschlagnahme 35, 62, 71: Abtretungen von Gehalts- oder Lohnforderungen sind nur zulässig:

a) wenn der im § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes festgesetzte Zeitpunkt verstrichen und der Lohn nicht eingefordert ist;
b) insoweit der Gesammtbetrag der Vergütung die Summe von 1500 M. übersteigt; für die im § 850 Abs. 1 Nr. 7 u. 8 CPO. genannten Personen bezüglich des dritten Theiles der 1500 M. für das Jahr übersteigenden Bezüge;
c) an Verwandte, Ehegatten, frühere Ehegatten und uneheliche Kinder ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt (a) und auf die Höhe der Bezüge (b) wegen zu entrichtender Unterhaltsbeiträge;
d) wenn ein Arbeitsverhältniß im Sinne des zitirten § 1 nicht vorliegt.

2. Aus der Praxis. R. 6 483 Nr. 2204, HessRechtspr. 3 65 (OLG. Darmst.): Unterliegt ein Pachtrecht der elterlichen Nutznießung, so gebührt die Pachtforderung den Eltern. Ihre Abtretung ist jedoch nur insoweit wirksam, als sie nicht zum Unterhalte der Kinder und zur Bestreitung der Lasten der Nutznießung erforderlich ist.

OLG. Dresden, Annalen 24 83: Das Recht, von einer Stadtgemeinde die Lieferung von Leuchtgas und elektrischem Lichte gegen entsprechende Bezahlung zu beanspruchen, ist nicht pfändbar, wenn nicht der Pfändungsgläubiger Besitznachfolger des Schuldners in Ansehung der zu beleuchtenden Räume geworden ist.

§ 401. 1. Schollmeyer 367: Das Recht auf die Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung geht im Zweifel auf den Zessionar über, auch wenn die Vertragsstrafe zur Zeit der Abtretung schon verwirkt war (a. A. — nämlich, daß die Vertragsstrafe sich durch die Verwirkung verselbständige, — Planck, Staudinger, Cosack, Dernburg, Oertmann); der Anspruch auf die Vertragsstrafe wegen nicht gehöriger Erfüllung muß, weil er als ein Plus zu dem Anspruch auf Erfüllung hinzukommt, besonders abgetreten werden.

2. OLG. 4 46, Seuff. A. 57 135 (Kiel; s. auch o. zu § 399 Ziff. 8). Die Auffassung, daß das Recht auf dingliche Sicherung ein der Forderung des Bauunternehmers kraft Gesetzes anhaftendes Nebenrecht sei, folgt weder aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 648, noch aus dem Zwecke dieser Vorschrift (die Forderung war abgetreten, ohne daß für sie eine Sicherungshypothek oder eine Vormerkung eingetragen war).

Dagegen Francke, R. 6 260: Die Worte „Hypotheken oder Pfandrechte" im § 401 sind auszulegen als „pfandrechtliche Befugnisse": gemeint sind Realsicherheit betreffende Rechte aller Art im Gegensatze zu den alsbald erwähnten, auf Personenkredit beruhenden Rechten aus Bürgschaft. Eine solche pfandrechtliche Befugniß ist auch der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek; er ist es ebenso, wie die Ansprüche aus Verpfändung einer Forderung oder einer beweglichen Sache es sind, auch wenn ihnen noch die Anzeige an den Drittschuldner oder die Hingabe zu Faustpfand fehlt.

OLG. 6 84 (Naumb.): Die Befugniß aus § 648 geht bei Abtretung der Forderung auf den neuen Gläubiger über. In den Protokollen ist ausdrücklich bemerkt, daß durch die jetzige Beschränkung auf Hypotheken, Pfandrechte und die Rechte aus Bürgschaften (statt I. Entwurf § 297: „Ein Gleiches gilt von den mit der Forderung verbundenen, zur Verstärkung derselben dienenden Nebenrechten") die entsprechende Anwendung der Vorschrift auf andere zur Verstärkung einer Forderung dienenden Nebenrechte, welche eine jenen Rechten entsprechende Natur haben, nicht ausgeschlossen sei.

3. Aus der Praxis. RG. JW. 01 31 Beil. 61: Durch eine im Jahre 1899 vorgenommene Zession war ein Theil einer Hypothek in Höhe von 4000 M. auf den Zessionar übergegangen, und zwar nach damaligem preußischen Rechte ohne Eintragung und ohne Aushändigung des Hypothekenbriefs. Der Klage des Zessionars, die Beklagte (Zedentin) zu verurtheilen, den Hypothekenbrief zu den Grundakten des Amtsgerichts einzureichen und zu bewilligen, daß die Abtretung des Theilbetrags von 4000 M. an ihn unter Bildung eines Theilhypothekenbriefs in das Grundbuch eingetragen werde, mit der Maßgabe, daß sofort nach der Eintragung die Haupt- und die Theilhypothekenurkunde der Beklagten wieder zugestellt werden, wurde stattgegeben.

Seit dem 1. 1. 00 gilt die streitige Hypothek als eine Briefhypothek des BGB.; deshalb stehen dem Gläubiger alle Rechte zu, welche nach BGB. dem Gläubiger einer erst nach dem 1. 1. 00 begründeten Briefhypothek gebühren; hiernach hat der Kläger auch das Recht, die Berichtigung des Grundbuchs und das

hierzu Erforderliche gemäß §§ 894 bis 896 BGB. zu verlangen, mag ihm dieses Recht nach dem bisherigen Rechte gebührt haben oder nicht. Daß ein solcher Fall der Berichtigung des Grundbuchs bei einer nach dem 1. 1. 00 erfolgten Abtretung einer Briefhypothek nicht mehr vorkommen kann, ist richtig, hindert aber die unmittelbare (nicht analoge) Anwendbarkeit des § 896 nicht.

RG. IW. 02 95 Nr. 28: Wenn der Bürge (aus einer nach dem Inkrafttreten des BGB. übernommenen Bürgschaftsverpflichtung) den Verpächter für den Pachtzinsrückstand befriedigt, so ist die von ihm befriedigte Forderung des Verpächters mit ihren Vorrechten, also mit dem Pfandrecht am Inventar, kraft Gesetzes auf ihn übergegangen, §§ 774, 412, 401.

§§ 402, 403. 1. Dernburg II 324 (Mot. II 128), Planck, Staudinger, Schollmeyer 369: Diese Verpflichtung knüpft sich an die Thatsache der Uebertragung, nicht an die zu Grunde liegende obligatorische causa. A. A. Stammler 198: Die Folgen der Verletzung dieser Verbindlichkeit bestimmen sich nach dem, die besondere causa cessionis enthaltenden Rechtsverhältnisse.

2. Verpflichtung des bisherigen Gläubigers bei Theilzessionen:

Planck: nur zur Einräumung des Mitbesitzes der betreffenden Urkunden;

Dernburg II 324, Crome II 337, Staudinger, Oertmann: nur zur Ertheilung beglaubigter Abschriften;

Staudinger: falls eine beglaubigte Abschrift nicht genügt, — zur Herausgabe der Urkunde nur gegen die Verpflichtung zur Rückgabe nach gemachtem Gebrauche;

Schollmeyer 369: zu völliger Auslieferung der Urkunden; nicht der Zessionar, sondern der Zedent muß den Nachtheil tragen, da er ja nur unter vertragsmäßiger Ausschließung der Auslieferungspflicht abzutreten brauchte: der Zedent muß sich mit beglaubigten Abschriften begnügen.

3. Dernburg II 324, Schollmeyer 370: Auch der zweite Zessionar hat das Recht auf Auslieferung gegenüber dem ersten Zedenten.

§ 404. Schollmeyer 372: Der Schuldner kann durch Vertrag mit dem Zessionar anerkennen; seine Schuld an den Zedenten, dann sind ihm die sonst nach § 404 zustehenden Einwendungen abgeschnitten; oder seine Schuld an den Zessionar, dann verliert er auch die ihm gegen den Zessionar erwachsenen Einwendungen; oder endlich nur die Rechtsgültigkeit des Abtretungsvertrags; dann handelt es sich nur um Verzicht auf Einwendungen gegen die Gültigkeit des Abtretungsvertrags, und dann ist Schriftlichkeit nicht erforderlich.

§ 405. 1. § 405 ist eine Ausnahmebestimmung von untergeordneter praktischer Bedeutung; nur das Verhältniß zwischen Schuldner und Erwerber wird betroffen. Jedoch trotz der Natur des Paragraphen als Sondervorschrift ist anzunehmen, daß es sich nicht um eigentliche Abtretungen zu handeln braucht, daß vielmehr dieselben Wirkungen eintreten, wo immer durch Rechtsgeschäft Befugnisse für einen Erwerber in Ansehung der Forderung begründet werden. Dahin zählen die Fälle der §§ 1069, 1070, 1274, 1275, 718. Beruht der Erwerb auf anderen juristischen Thatsachen, so versagt der Schutz, wofür auch § 412 spricht, wo § 405 nicht erwähnt wird. Ramdohr, Gruchots Beitr. **44** 684.

2. Ueber die Frage, ob die Schutzvorschrift des § 405 dem schlechtgläubigen oder dem ohne Vorlegung der Urkunde erwerbenden Weiterzessionar zu Gute kommt:

a) Ramdohr a. a. O. 685. Vorbedingung des Schutzes ist, daß die Erwerbung sich unter „Vorlegung der Urkunde" vollzieht, was nicht gleichbedeutend mit Herausgabe ist. Der Schutz kann daher selbst dann eintreten, wenn der

bisherige Gläubiger die Urkunde nicht mehr unmittelbar besaß, wenn nur der gegenwärtige Inhaber, z. B. der Verwahrer, Pfandgläubiger oder Nießbrauchberechtigte zur Vorlegung bereit war.

b) Planck, Hachenburg, Vorträge 127, Dernburg II 318: Durch die erste Abtretung kommt die Forderung zur Entstehung, der Mangel wird definitiv geheilt, der Weiterzessionar tritt in die Rechte seines Vorgängers ein, auch wenn er schlechtgläubig ist (KommProt. I 391); Hellwig, Rechtskraft 305, die Zession erzeugt erst die Verpflichtung.

A. A. Fischer-Henle, Crome II 339, Staudinger: Die Ausführung in KommProt. I 391 trifft auf die gegenwärtige Fassung nicht zu, weil die Worte: „und seinen Rechtsnachfolgern" in das Gesetz nicht aufgenommen sind, Schollmeyer 375: Die Verkehrssicherheit, — und der Rücksichtnahme auf diese ist die ganze Vorschrift des § 405 entsprossen, — erfordert keineswegs den Schutz des schlechtgläubigen Nachzessionars; mit dem Grundsatze, daß Ausnahmen so zu interpretiren sind, daß sie mit dem Systeme möglichst im Einklang bleiben, bricht man, wenn man § 405 als Entstehungsgrund einer Forderung, anstatt nur als Ausschließungsgrund eines Einwandes auffaßt; auch besteht keineswegs eine Analogie zwischen dem Eigenthumserwerb auf Grund der Veräußerung seitens eines Nichtberechtigten (§ 932) und dem Falle des § 405: dagegen spricht schon die abweichende Ausdrucksweise; jedem Zessionar können die gegen ihn selbst begründeten Einwendungen entgegengesetzt werden: zu diesen gehört auch die Duplik, daß ihm die Schuldurkunde nicht vorgelegen, oder, daß er die Simulation oder die vertragsmäßige Unabtretbarkeit gekannt habe. — S. auch LG. Darmst., HessRspr. 02 123.

Bei Weiterübertragung von Seiten des ersten schlechtgläubigen (oder ohne Vorlegung der Urkunde erwerbenden) Zessionars tritt § 405 gegenüber dem Weiterzessionar in Wirksamkeit, Crome II 339 Anm. 34 u. Oertmann Anm. 3 Abs. 2. Ebenso Ramdohr a. a. O. 685. Wer die Befugnisse überkommt von Jemandem, der wegen seines schlechten Glaubens sich auf den § 405 nicht hätte berufen können, wird trotzdem geschützt, falls ihm von dem Mangel nichts bekannt war. Andererseits versagt trotz der Schlechtgläubigkeit des späteren Erwerbers der Schutz keineswegs, wenn einmal sein Rechtsvorgänger, welcher den wahren Sachverhalt weder kannte noch kennen mußte, die Forderung erworben hat.

c) Bei Vereinbarung der Nichtübertragbarkeit schützt der Schuldner sich gegen die Abtretung dadurch, daß er die Vereinbarung in die Urkunde aufnehmen, bzw. nachträglich auf derselben vermerken läßt. Neumann Anm. 3, Staudinger Anm. II.

d) Hellwig, Rechtskraft 296: Es wird nicht bezweifelt werden, daß der Aussteller der simulirten Urkunde auch gegenüber dem beschenkten Zessionar zwar verpflichtet ist, daß er aber die Leistung auf Grund des § 816 Abs. 1 Satz 2 verweigern kann; 171: auch bei dem Streite um eine gewöhnliche Forderung ist möglich, daß das Ergebniß des Prozesses den Rechtsnachfolger nicht bindet, nämlich dann, wenn während des Prozesses eine Verpfändung der verbrieften Forderung stattgefunden hat und der Pfandgläubiger weder von der Simulation noch von der Rechtshängigkeit etwas wußte.

3. Die Urkunde muß als Erkenntnißquelle in fehlerloser Weise entstanden sein. Hat sie der Schuldner nicht ausgestellt, ist sie gefälscht oder verfälscht, so hilft auch der Glaube an die Echtheit über den Mangel nicht hinweg. — Die Wirkungen der echten Urkunde sind auf die einzelnen besonders namhaft gemachten Punkte des § 405 beschränkt. Jede weitere Ausdehnung der Schutzwirkungen auf andere im Gesetze nicht genannte Mängel ist ausgeschlossen; das gilt selbst von den

Veräußerungsverboten des § 135 trotz dessen Abs. 2. Nur auf den Fall des § 117 bezieht sich der bezügliche Theil des § 405; Scherz, Irrthum z. B. sind nicht gedeckt. Es wird ferner nur der Thatbestand des § 399 von dem betreffenden Theile des § 405 umfaßt. Liegen andere Ursachen vor, welche die Verfügung des Gläubigers über die Forderung hindern, so entziehen sie dem Erwerber sein Recht, selbst wenn er von ihnen nichts wußte. Ramdohr a. a. O. 686.

4. Der sich auf Grund der Schutzvorschrift vollziehende Rechtserwerb steht in seinen Wirkungen demjenigen gleich, welcher sich auf Grund der allgemeinen Gesetzesbestimmungen vollzieht. Der neue Gläubiger wird ein wirklich Berechtigter. Die Gläubiger des Schuldners haben kein Recht, die Nichtigkeit des Scheingeschäfts dem Erwerber gegenüber geltend zu machen. Ramdohr a. a. O. 686.

§ 406. 1. Die Vorschriften der §§ 406 ff. (Regeln des Schuldnerschutzes) sind entsprechend anwendbar in Ansehung aller Umgestaltungen des Schuldverhältnisses, sofern deren Unkenntniß dem Verpflichteten schädlich zu werden vermag.

Allgemeine Voraussetzung ist, daß die Obligation als solche von der Aenderung betroffen werden muß. Wird diese Bedingung erfüllt, so ist nicht nothwendig, daß es sich gerade um den Forderungsberechtigten handeln muß. Z. B. kann, wenn ihm die Voraussetzungen des Schutzes zur Seite stehen, der Schuldner an einen etwaigen solutionis causa adjectus leisten, — nicht aber an den Inkassomandatar, weil zwischen ihm und dem Verpflichteten ein Rechtsband nicht besteht.

Am häufigsten kommt es zur Bethätigung des Erkenntnißschutzes, wenn dritte Personen an einer vorhandenen Forderung mittelst konstitutiven oder translativen Titels Befugnisse erworben haben. Außer den Fällen der eigentlichen Uebertragung, sowie der Bestellung von Nießbrauch und Pfandrecht gehören hierher die Fälle der §§ 571, 574, 580, 581. Abweichungen von den Grundregeln des Schuldnerschutzes liegen hier insofern vor, als es sich um die erst in Zukunft fällig werdenden Raten handelt. S. insbes. § 573. Diese Bestimmung enthält eine Einschränkung des Schuldnerschutzes, nicht jedoch selbst eine anderweite Bethätigung des Erkenntnißprinzips. Uebrigens ist auch der Schutz des Miethers oder Pächters nicht bloß auf den Eigenthumswechsel beschränkt; sondern das Gleiche gilt überall, wo in Bezug auf die Rechte an Grundstücken Aenderungen eintreten, welche gleichzeitig in Ansehung des Miethverhältnisses sich äußern: § 577.

Des Weiteren Fälle von Umgestaltungen des Forderungsrechts, welche dadurch entstehen, daß es die Zugehörigkeit zu besonderen Vermögensrechten erlangt: §§ 720, — 1477, 1497, 1524, — 2019, 2041, 2111. Ramdohr, Gruchots Beitr. **44** 677.

2. Kohler, Buschs Z. **24** 44: Der bisherige Gläubiger behält das Recht, gegen den Schuldner mit Zustimmung des neuen Gläubigers aufzurechnen; auf die Vorlegung der Zustimmung sind §§ 182, 111 anwendbar.

Jacobi, Werthpapiere, 133 ff.: Gegenüber einer durch Werthpapier verbrieften Forderung ist Aufrechnung mit der Forderung gegen einen Rechtsvorgänger unzuläſſig.

3. OLG. 3 140 (KG.): Der Schuldner hatte durch Klagezustellung Kenntniß erlangt.

§ 407. Abs. 1. 1. Die Rechtsgeschäfte des § 407 Abs. 1 können ebensowohl einseitige als zweiseitige sein; da auch die Leistungsgeschäfte nach dem Gesetze zur Theilnahme am Erkenntnißschutze grundsätzlich geeignet sind, so sind sie mindestens insoweit als Rechtsgeschäfte zu behandeln, als die Wirkungen des Schutzprinzips in Frage kommen. Vorausgesetzt wird nur, daß sich die ein- und zweiseitigen

Rechtsgeschäfte einschließlich der Leistungen zwischen dem Verpflichteten und dem bisherigen Berechtigten abspielten, während im Allgemeinen solche Schutzwirkungen sich nur dann finden, wo der zu Sichernde selbst thätig geworden war. Ramdohr a. a. O. 678—680.

Windscheid-Kipp II 345, 349: § 407 Abs. 1 gilt auch von einseitigen Rechtsgeschäften des alten Gläubigers dem Schuldner gegenüber oder umgekehrt, — es fällt darunter also auch die Aufrechnung mit einer Gegenforderung, welche dem Schuldner gegenüber dem alten Gläubiger zusteht, wofern die Aufrechnungserklärung von dem Schuldner abgegeben wird oder ihm zugeht zu einer Zeit, zu welcher er die Abtretung nicht kennt. Die Bestimmungen des § 406 beziehen sich auf die Möglichkeit, die Aufrechnung in Kenntniß von der Abtretung zu erklären. Dagegen wirkt eine in Unkenntniß der Abtretung dem alten Gläubiger erklärte Aufrechnung nach § 407 ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des Erwerbes und der Fälligkeit der Gegenforderung.

2. Schollmeyer 379, Rosenberg Jherings J. **43** 175: Verbal- und Realangebot an den bisherigen Gläubiger bewirken Annahmeverzug.

3. **RG. 52** 143, JW. **02** Beil. 253: Die Verpfändung von Forderungen, welche auf Leistung gehen, wirkt gegen den Schuldner nicht nur, wenn er durch eine Anzeige des Gläubigers oder Pfandgläubigers, sondern wenn er auf irgend eine Weise Kenntniß von ihr erhalten hat.

Zeigt der Zessionar die Abtretung dem Schuldner an, so ist der Schuldner, wenn er nach Lage des Falles keine berechtigte Veranlassung hatte, an der Glaubwürdigkeit der Mittheilung über die Abtretung zu zweifeln, nicht mehr berechtigt, an den früheren Gläubiger Zahlungen zu leisten (§ 407). OLG. Dresden, SächsAnn. **24** 430, Seuff. A. **58** 222.

4. a) Stammler, Schuldverhältnisse 199: Der Schuldner werde durch die Leistung frei. Der erste Zessionar könne sich aber an den Empfänger der Leistung halten. Gegen seinen Zedenten könne er wohl in den meisten Fällen mit dem Anspruch aus dem unter ihnen bestehenden Vertragsverhältnisse vorgehen; zur Noth stehe ihm jedoch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 zu, der dann auch gegen den zweiten Zessionar von ihm mit Erfolg durchgesetzt werden könne (etwa auf Grund § 816 Abs. 2?)

b) OLG. Stuttgart, DJZ. **5** 51: Die Bereicherungsklage des ersten Zessionars gegen denjenigen, der aus dem Erlöse der vom Erben des Zedenten nochmals verkauften Forderung Bezahlung für eine Forderung erhalten hat, ist abgewiesen worden. Der Beklagte ist nicht aus dem Vermögen des Klägers bereichert: ihm ist vielmehr ein Theil des Vermögens des Erben des Zedenten zugekommen: dem Beklagten ist zu Gute gekommen, daß dieses Vermögen auf Kosten des Klägers bereichert worden ist. Der Beklagte ist ferner überhaupt nicht bereichert, da er nur von seinem Schuldner aus dessen Vermögen erhalten hat, was er zu fordern hatte, und sein entsprechendes Forderungsrecht endgültig erloschen ist. Ein unberechtigter Eingriff in das Vermögen des Klägers ist nur von dem Erben des Zedenten verübt worden.

Abs. 2. 5. Der § 407 Abs. 2 trägt der Grundregel des Rechtsprinzips zum Schutze der mangelhaften menschlichen Erkenntnißfähigkeit Rechnung, daß dem rechtsgeschäftlichen Handeln überall gleichzustellen sei der Richterspruch, insofern er ein Ersatzmittel für das erstere bildet. Ramdohr a. a. O. 680.

6. a) Hellwig: α) DJZ. **4** 474: § 407 Abs. 2 ist nur ein Beispiel für den im § 325 Abs. 2 CPO., — insofern dieser Abs. 2 sich auch auf den Passus in Abs. 1, welcher die Rechtskraft auf die Parteien beschränkt, bezieht, — allgemein aufgestellten Satz über die Folgen des gutgläubigen Prozessirens.

β) Rechtskraft 55: Der bisherige Gläubiger ist trotz der Abtretung der Forderung der legitimus contradictor für den sie betreffenden Prozeß, wenn und weil der Schuldner vor dem Prozeßbeginne keine Kenntniß von der Abtretung hatte; — 115: beginnt der Prozeß mit dem Rückfallsberechtigten, nachdem die auflösende Bedingung oder der Endtermin eingetreten ist, so ist er nicht mehr zur Sache legitimirt: war aber der Rückfall dem Gegner zur Zeit des Prozeßbeginns unbekannt, so wirkt nach § 407 Abs. 2 die Prozeßführung mit dem falsus contradictor trotzdem gegen den Rückfallsberechtigten; — 122: eine sehr wesentliche Differenz zwischen Anfechtung und rechtsgeschäftlichen Resolutivbedingungen liegt darin, daß die Anfechtung den Rückfall mit rückwirkender Kraft herbeiführt; diese Vorschrift bewirkt aber nicht, daß eine Rechtsnachfolge fehlt, sondern sie befiehlt nur, trotzdem die Rechtslage so zu beurtheilen, als hätte von Anfang an das Geschäft keine Rechtsübertragung zur Folge gehabt; es kann also Abs. 1 des § 407 nicht angewendet werden, obwohl de lege ferenda Dritte, die sich mit dem der Anfechtung ausgesetzten Berechtigten gutgläubig (§ 142 Abs. 2) eingelassen haben, eines durchgreifenderen Schutzes bedürftig sind, als sie ihn nach dem Gesetze genießen. — 147: Der Erblasser hatte seine Darlehnsforderung dem A zedirt, klagte aber trotzdem gegen den Schuldner und wurde abgewiesen: die Rechtskraft kann dem A, wenn er Erbe des Zedenten geworden ist, auf Grund des § 407 Abs. 2 (also nicht qua Rechtsnachfolger) entgegenstehen; hatte der Schuldner aber bei dem Prozeßbeginne Kenntniß von der Zession, so kann A ex sua persona klagen. — 156: Der Veräußerer ist weder materiell-rechtlich berechtigt, noch besitzt er ein Recht zur Verfügung über das fremde Recht, wohl aber hat er in dem Umfange des § 407 mit Rücksicht auf den guten Glauben des Dritten die Verfügungsmacht über das fremde Recht. 165/167: Wenn die Zession erst während des Prozesses eintrat (§ 265 CPO.), findet Rechtskrafterstreckung schlechthin statt und deckt den Schuldner gegen den Erwerber, — auf die Kenntniß des Schuldners von der Abtretung kommt es überhaupt nicht an, — ähnlich, wie es im Falle des § 407 Abs. 2 nicht darauf ankommt, ob der Schuldner während des Prozesses Kenntniß von der Abtretung erhielt; im Falle des § 265 CPO. kann § 407 Abs. 2 konkurrirend Platz greifen, z. B. wenn der Kläger, der die anhängige Zinsenforderung und das nicht eingeklagte Hauptgeld zedirte, nach der Abtretung die Klage auf das Hauptgeld erweitert hat und der Beklagte bei Eintritt der weiteren Rechtshängigkeit (§ 281 CPO.) von der Abtretung des Hauptgeldes keine Kenntniß hatte (vgl. Lippmann in Iherings J. **45** 473). — 224: Da der Rechtsübergang von dem Vorerben auf den Nacherben eine kraft Gesetzes stattfindende Rechtsübertragung ist, so kommt nach § 412 auch § 407 zu entsprechender Anwendung, und zwar ist hier auch das Kennenmüssen des Schuldners maßgebend: dies ergiebt sich aus § 2140 Satz 2: §§ 407 u. 2140 Satz 2 bilden einen Fall der Gesetzeskonkurrenz: § 2140 schließt den § 412 (407) nicht aus, sondern ergänzt ihn. — 390 ff.: § 407 bezieht sich auf obligatorische und dingliche Ansprüche.

§ 407 II gilt direkt nur für die rechtsgeschäftliche Herbeiführung eines vollen Rechtsüberganges, aber nach §§ 1275, 1070 entsprechend auch bei der Verpfändung einer Forderung und bei der Nießbrauchsbestellung.

Der rechtsgeschäftlichen Verfügung steht gleich der Uebergang oder die Verpfändung eines Anspruchs nach CPO. §§ 894, 897, sowie die Pfändung einer Forderung.

§ 407 gilt ferner bei dem Uebergang eines Anspruchs kraft Gesetzes, namentlich in den Fällen der sog. dinglichen Surrogation. Dagegen nicht bei den mit der Uebertragung des Eigenthums übergehenden Eigenthumsansprüchen; hier entscheidet der Grundbucheintrag.

§ 407 II schützt nicht nur den Schuldner, sondern nach § 413 im Allgemeinen auch solche Dritte, welche ohne Kenntniß des Ueberganges anderer Rechte als der Ansprüche auf Leistung mit dem bisherigen Berechtigten einen Prozeß über das Recht begonnen haben.

Die Anwendbarkeit des § 407 II setzt nicht voraus, daß die sämmtlichen Vorschriften des 4. Abschnitts bezüglich der Uebertragung des konkreten Rechtes zur Anwendung gelangen. Aber die Unkenntniß nützt dem Dritten nichts, wenn das Gesetz besondere Vorkehrungen getroffen hat, damit die Rechtsveränderungen erkannt werden können (Grundbücher, Aushändigung der Anweisung, des Order- und Inhaberpapiers) (vgl. 504).

§ 407 gilt auch für Ansprüche, die bei Fortdauer des bisherigen Rechtszustandes auf Grund des Rechtes für den bisherigen Berechtigten entstanden sein würden, wenngleich die Entstehung in der Zeit nach dem Rechtsübergange stattfand (z. B. bei Zinsansprüchen).

§ 407 II giebt dem Schuldner das Recht darauf, daß der Prozeß mit Wirkung gegen den Zessionar zu Ende geführt werde. Einer gleichzeitigen Klage des Zessionars kann der Schuldner eine Prozeßeinrede entgegensetzen. Der Zedent hat aber nicht das Recht, den Prozeß trotz des Mangels seiner Berechtigung fortzusetzen. Der Beklagte kann daher seine Abweisung herbeiführen. Der Zessionar kann Nebenintervenient des Zedenten mit der Stellung eines Streitgenossen (CPO. § 64) werden, und er kann auch den Prozeß an Stelle des Nichtberechtigten mit dessen Zustimmung übernehmen.

Selbst wenn der Schuldner während des Prozesses die Abtretung erfährt, sind doch die Prozeßhandlungen des Zedenten, insbes. Anerkenntniß oder Klageverzicht, für die Entscheidung maßgebend.

Der Zessionar muß das gegenüber dem Zedenten ergangene Urtheil gegen sich gelten lassen, auch wenn er zur Zahlung an den Zedenten verurtheilt ist. Aus allgemeinen Grundsätzen folgt, daß das dem Zedenten günstige Urtheil auch zu Gunsten des Zessionars wirkt (arg. § 185 II).

Rechnet der Zedent mit der abgetretenen Forderung auf, so kommt, da die Aufrechnung ein Rechtsgeschäft mit materiell-rechtlichen Folgen ist, § 407 I zur Anwendung. Wird der Zedent trotz der Aufrechnungseinrede verurtheilt, so steht dem Zessionar die Rechtskraft entgegen, aber nicht aus § 407 II, sondern aus § 407 I. Wird in Folge der nach § 407 I wirksam vorgenommenen Aufrechnung die Klage abgewiesen, so steht dem Zessionar nicht die Rechtskraft, sondern die durch Aufrechnung erfolgte Tilgung entgegen.

Nach diesen Grundsätzen muß der erste (wirkliche) Rechtsnachfolger die gegenüber einem Anderen oder von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen gegen sich gelten lassen, wenn dieser Andere der Rechtsnachfolger des Berechtigten sein würde, falls nicht bereits die erste Sukzession stattgefunden hätte.

Da § 407 II rein prozessual ist, so findet er auf alle vor dem 1. 1. 00 erfolgten Abtretungen Anwendung, sofern nur der Prozeß nachher stattgefunden hat und der Schuldner nach dem alten Rechte die im § 407 I fixirte Stellung hat.

408 ff.: Entsprechende Anwendung von § 407 ist vorgeschrieben im § 135 Abs. 2 (vgl. Hellwig, Anspruch 213 Note 11) u. § 161 Abs. 3 (denn § 407 gehört zu den Grundsätzen über den Erwerb vom Nichtberechtigten), in §§ 720, 1275, 1435 u. im § 2129 Abs. 2, — dagegen ausgeschlossen durch § 1404 (vgl. Hachenburg, Vortr. 233); im Falle der Konkurseröffnung gilt zwar § 407 Abs. 1, insoweit er reine Erfüllungsgeschäfte für wirksam erklärt, — dagegen kann § 407 Abs. 2 nicht zu entsprechender Anwendung kommen.

420: Soweit der Besteller eines Nießbrauchs (§ 1058) oder der Verpfänder (§ 1248) als der vermeintliche Eigenthümer über die Rechtsverhältnisse des wahren

Eigenthümers prozessirt, findet eine wahre und volle Ausdehnung der Rechtskraftwirkung statt, und zwar ist das Urtheil auch dann gegen den Eigenthümer rechtskräftig, wenn der Pfandgläubiger oder Nießbraucher während des Prozesses erfährt, daß dieser mit dem Nichtberechtigten geführt wird: der Prozeßbeginn erscheint als ein Ereigniß, dessen Wirkung zu Gunsten des gutgläubigen Gegners sich so bestimmt, als wäre der Besteller der Eigenthümer.

γ) Vgl. R. G 64 u. Lehrbuch des deutschen Civilprozesses 352.

b) Schollmeyer 380: Die Vorschrift des § 407 Abs. 2 ist nur auf den Fall zu beziehen, daß nicht schon vorher eine rechtskräftige Entscheidung über die abgetretene Forderung zwischen Zessionar und Zessus ergangen ist.

7. Für die Anwendung der §§ 406, 407 muß verlangt werden, daß überhaupt einmal eine fehlerlose Verpflichtung entstand, mit deren Fortdauer der zu Sichernde rechnen durfte; dagegen giebt es kein Mittel, durch das dieser darüber Auskunft erhalten könnte, ob die Verbindlichkeiten, welche zwischen ihm und seinem ursprünglichen Gegner zu bestehen scheinen, von Anfang an auf rechtswirksame Weise geschaffen waren. So versagt der Schutz, wenn es sich um rein persönliche Aenderungen in Ansehung des Gegners handelt, so z. B. bei Geschäften, nachdem der andere Theil die Geschäftsfähigkeit verloren hat. Ramdohr a. a. O. 681.

§ 408. 1. Der § 408 enthält lediglich eine weitere Durchführung der allgemeinen Regeln über die Wirkungen des Schuldnerschutzes. Auch hier sind die Regeln bezüglich aller sich auf das Schuldverhältniß beziehenden Neugestaltungen anwendbar, ohne Unterschied, ob es sich gerade um Rechtserwerbungen oder sonstige Veränderungen handelt, ob sie auf Rechtsgeschäft oder behördliche Maßnahmen zurückzuführen sind.

Nur insofern ist eine Einschränkung gemacht, als eine ausdrückliche Anerkennung des bisherigen Berechtigten gegenüber dem Dritten hinzutreten muß, sobald eine Forderung kraft Gesetzes auf diesen übergegangen ist. Dies muß auf alle Fälle der von Rechtswegen sich vollziehenden Aenderungen ausgedehnt werden, so daß insoweit also ein Schuldner bloß dann sicher geht, wenn die besonders erklärte Bestätigung des anderen Theiles hinzukommt. Ramdohr a. a. O. 682.

2. Schollmeyer 382: Die Vorschrift des § 406 kann, da im § 408 nicht angezogen, auf den Fall der mehrfachen Zession durch denselben Gläubiger keine Anwendung finden; hat also der Zessus in Unkenntniß von der Vorzession gegen den Nachzessionar mit einer gegen den Zedenten in Unkenntniß von der Abtretung erworbenen Forderung aufgerechnet, so wird dadurch weder die Forderung des Zessus noch die abgetretene Forderung getilgt (s. auch zu § 407 Ziff. 1).

Die Frage der Aufrechnung ist, obwohl § 408 nicht auch auf § 406 verweist und sie in ihm nicht ausdrücklich hervorgehoben wird, doch entsprechend zu behandeln. Wird eine ohne Kenntniß des Schuldners abgetretene Forderung nochmals an einen Anderen abgetreten, so hat der Verpflichtete die Befugniß, eine ihm gegen den letzteren zustehende Forderung auch dem wahren Erwerber gegenüber aufzurechnen, wenn die Voraussetzungen des § 406 gegeben waren. Ramdohr a. a. O. 683.

§ 409. 1. § 409 gehört nicht zu den Vorschriften des Schuldnerschutzes; das folgt schon aus der Nichterwähnung des schlechten Glaubens, der nicht hineingetragen werden darf. Ramdohr a. a. O. 684.

2. a) Schollmeyer 383 ff.: Die Anzeige wirkt zu Gunsten auch des schlechtgläubigen Schuldners, vgl. Motive II 135, Komm. Prot. I 395 (übereinst. Dernburg II 322, Hellwig, Civilprozeß I 364, Staudinger Anm. 2); zeigt nach vorgenommener Zession der Zedent dem Schuldner an, daß

er an einen Dritten — nicht an den Zessionar — abgetreten habe, so findet § 409 keine Anwendung, denn der Zedent war nicht mehr Gläubiger (ebenso Staudinger Anm. 3). Doch muß der Zessionar die Anzeige des Zedenten, daß an den Dritten zedirt sei, auf Grund des § 407 dann gegen sich gelten lassen, wenn der Schuldner zur Zeit der Anzeige von der erfolgten Abtretung nichts wußte: eine nachträgliche Kenntniß des Schuldners zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung mit dem in der Anzeige als Gläubiger Bezeichneten schadet nicht (ebenso Planck Anm. 5, a. A. Oertmann Anm. 5 u. Hellwig, Rechtskraft 387 Anm. 37). Die Zustimmung des bezeichneten Gläubigers zur Zurücknahme der Anzeige kann nur dann klageweise verlangt werden, wenn die Rechtsposition des Bezeichneten als ungerechtfertigte Bereicherung kondizirbar ist (ebenso Planck). Die Ausstellung der Abtretungsurkunde und ihre Vorlegung ist nur eine andere Form der Anzeige, für welche Abs. 2 ebenfalls gilt (ebenso Staudinger). Sollte nach geschehener Anzeige die Zession nicht an den in ihr als Zessionar Bezeichneten, sondern an einen Dritten erfolgt sein, so muß auch dieser Dritte die angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen: denn er erwirbt nur eine durch das aus der Anzeige hervorgehende Recht des Schuldners, den in ihr als Zessionar Bezeichneten als seinen Gläubiger zu behandeln, beschränkte Forderung. Die Anzeige, welche eine im öffentlichen Interesse verbotene Zession betrifft verhält (§ 400), muß als nichtig gelten: sonst würde die Anzeige zur Umgehung des Zessionsverbots verwendet werden können.

b) Hellwig, Rechtskraft 384 ff.: Der gleichzeitige Eingang eines Widerrufs macht die Anzeige unwirksam, ebenso ein vor der Vorlegung der Urkunde einlaufender Widerruf.

Die Anzeige ist eine einseitige Erklärung und ersetzt den erforderlichen Zessionsvertrag nicht; auch die Zurücknahme (Abs. 2) ist eine einseitige Erklärung.

Die Anzeige hat dem Schuldner gegenüber die Wirkung der Abtretung, die Zurücknahme hat die Wirkung einer Rückabtretung. Der Schuldner braucht sie daher erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von ihr Kenntniß erlangt hat.

Das Ergebniß eines Prozesses zwischen dem Schuldner und dem Angezeigten wirkt gegen den Anzeigenden. Geschieht die Zurücknahme während des Prozesses, so findet CPO. § 265 Anwendung. Das Gleiche gilt auch gegenüber dem Nachfolger des Anzeigenden und zwar nicht nur dann, wenn eine Abtretung nach der Anzeige stattgefunden hatte. Die Anzeige, die nach rechtswirksamer Abtretung erfolgt, ist nur wirksam, wenn der Schuldner zur Zeit des Empfanges der Anzeige in Unkenntniß von der Abtretung war. § 407 II gilt auch hier. Dem Zessionar gegenüber kann der Schuldner den Angezeigten nicht als Gläubiger behandeln, wenn er inzwischen erfahren hat, daß der Anzeigende nicht mehr sein Gläubiger war.

Hat eine Rechtsübertragung nicht stattgefunden, und ist die Anzeige selbst anfechtbar und auch angefochten, so bleibt die vor der Anfechtung der Anzeige und vor der Kenntniß der Anfechtbarkeit vorgenommene Prozeßhandlung wirksam.

§ 409 gilt auch für die Anzeige von einer Verpfändung oder Nießbrauchsbestellung oder von einer kraft Gesetzes vollzogenen Uebertragung einer Forderung oder eines anderen Rechtes.

463: Wenn der wahre Erbe, der vielleicht im Streite mit einem Erbprätendenten ist, den Erbschaftsschuldnern und sonstigen Passivbetheiligten angezeigt hat, daß er den Prätendenten als den Nachfolger des Erblassers anerkenne, so sichert diese Mittheilung den Passivbetheiligten gemäß §§ 409, 412/413 ganz ohne Rücksicht darauf, ob ein die Uebertragung der Erbschaftsrechte herbeiführender Vergleich stattgefunden hat.

389 (vgl. R. 6 65): Angesichts der §§ 409, 413 ist es eine überflüssige Verdeutlichung, wenn § 576 hervorhebt, daß der Vermiether, der den Uebergang des Eigenthums dem Miether angezeigt hat, in Ansehung der Miethzinsforderungen die Folgen erleidet, die sich aus der Uebertragung des Eigenthums ergeben würden, falls sie wirklich stattgefunden hätte.

3. Hellwig, Rechtskraft 86: Der Ueberweisungsbeschluß hat eine analoge Bedeutung, wie die Anzeige von der Abtretung einer Forderung. Bei unwirksamem oder aufgehobenem Ueberweisungsbeschlusse wirkt die Zahlung des Drittschuldners an einen solchen Nichtberechtigten nicht nur gegenüber dem Schuldner, von welchem § 836 Abs. 2 CPO. allein spricht, sondern auch gegenüber den anderen Pfändungsgläubigern.

4. Hellwig a. a. O. 266: Nur eine Urkunde im Sinne des § 410 (412) stellt den Schuldner auf alle Fälle sicher. Das der Vollstreckungswirkung entbehrende Feststellungsurtheil zwischen den Forderungsprätendenten ersetzt jene, den Schuldner sichernde, rechtsgeschäftliche Willenserklärung nicht: deshalb kann der Schuldner dem Sieger trotz Vorlage des Feststellungsurtheils die Zahlung verweigern und jede Verfügung des Prätendenten (auch die Wahl- oder Aufrechnungserklärung) zurückweisen, bis die erforderliche Urkunde oder ein Urtheil der im § 894 CPO. bezeichneten Art (auf Verurtheilung zur Abgabe der Willenserklärung) vorgelegt wird (gegen Wach, der in „Rechtskraft" 95 ausführt: „wenn A oder B als Gläubiger einer Forderung in Frage sind, der Schuldner diese nicht bestreitet und nur nicht weiß, ob A oder B berechtigt sei, so muß die rechtskräftige Feststellung zu Gunsten des Einen oder Anderen im Prätendentenstreite den Schuldner binden").

5. OLG. 4 212 (KG.): § 409 soll für den Schuldner wirken, nicht gegen ihn: deshalb erscheint der Schuldner an sich berechtigt, die Legitimation des Zessionars zu bestreiten. (Uebereinstimmend: die gemeine Meinung, vgl. z. B. Schollmeyer 384, 388, Hellwig, R. 6 65 u. „Civilprozeßrecht" I 327.)

6. Rosenberg, Jherings J. 43 176: Das zur Begründung des Annahmeverzugs an den in der Abtretungsanzeige bezeichneten Gläubiger erfolgte Angebot wirkt auch gegen den wirklichen Gläubiger.

7. Scherer, JW. 00 466: Für altrechtliche Forderungen rheinischen Rechtes ist bei vor dem 1. 1. 00 abgeschlossener Zession auch nach dem 1. 1. 00 die Signifikation des Art. 1690 c. c. nöthig, um den Zessionar zum Eigenthümer der Forderung zu machen.

§ 410. 1. Hachenburg, Vorträge 62 f. will den auch dem § 1160 Abs. 2 zu Grunde liegenden Rechtsgedanken des § 410 Abs. 1 Satz 2 nach zwei Richtungen verallgemeinern.

Derselbe sei entsprechend anwendbar

a) auf jedes einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäft, z. B. wenn von demjenigen, dem ein Wiederkaufs- oder Vorkaufsrecht übertragen sei, die Ausübungserklärung erfolge;

b) auf die Legitimationsführung des Erben, des Vermächtnißnehmers, des Ehegatten ꝛc.

2. Habicht, JW. 01 770 ff.: Die Fälle der §§ 111, 174, 410 (412), 182 Abs. 3, 1831 (1832, 1915, 1643, 1686), 1160 (1192) sind ihrem Wesen nach gleichartig (Grund, an der Befugniß des Handelnden zur Vornahme des Geschäfts zu zweifeln) und haben denselben Zweck (festzustellen, ob der Handelnde auch wirklich zu diesem Geschäfte befugt ist). Die Entstehungsgeschichte des § 412 läßt nicht erkennen, und in der Literatur wird nirgends (vgl. dagegen Hellwig, Anspruch 357, Rechtskraft 94, 395, 466) angenommen, daß man damit auch den Erbgang hat treffen wollen. §§ 410, 1160 gelten auch bei anderen

einseitigen Geschäften, namentlich für die Erklärung des Rücktritts. Vorlegung ist Vorzeigung der Urschrift der Urkunde. Ist die Vorlegung vergeblich — ohne Verschulden des Anderen — versucht worden so kann der Andere die Einsicht da, wo sich die Urkunden befinden, verlangen: wird ihm dies verweigert, so kann er, — wie aus dem Grundgedanken der einschlagenden Bestimmungen zu folgern ist, — die Zurückweisung des Geschäfts aussprechen.

3. Schollmeyer 388 hält — gegen Planck, Oertmann, Staudinger — in den Fällen, in denen der Schuldner ein selbständiges Recht auf Abnahme hat, §§ 433 Abs. 2, 640, — den § 273 für anwendbar, so daß der Zessionar die Zurückbehaltung der Leistung wegen des Anspruchs auf Aushändigung der Abtretungsurkunde in diesen Fällen durch Sicherheitsleistung abwenden kann. (Endemann giebt ein Zurückbehaltungsrecht allgemein I 680 Anm. 14.)

Staudinger Anm. 1a: § 274 ist stets anwendbar, vgl. HessRechtspr. 1 171.

4. Schollmeyer 389 bürdet gegen Planck u. Staudinger dem Zessus die Beweislast dafür auf, daß bei der Kündigung oder Mahnung die Urkunde nicht vorgelegt sei.

5. OLG. 5 144 (KG.): Der Konkursverwalter darf und muß die vom Zessionar ohne Beifügung der gemäß § 139 Satz 3 KO. der Anmeldung beizufügenden Abtretungsurkunde angemeldete Forderung bestreiten. Die Angabe eines unrichtigen Beweggrundes für das Bestreiten ist bedeutungslos.

§ 411. 1. Planck, Staudinger: Die Wirksamkeit der Abtretung hängt von der Benachrichtigung nicht ab.

2. Schollmeyer 391: Die im § 411 verlangte Benachrichtigung ist eine Anzeige im Sinne des § 409.

§ 412. 1. Stammler 204 ff.: Die Hauptfälle der „Uebertragung kraft Gesetzes" sind die der Zahlung durch einen Dritten (§§ 426, 774, 1143, 1225, 1268, 1607, 1709). Besteht zwischen dem Zahlenden und dem Schuldner bereits ein Rechtsverhältniß, so wird dasselbe durch den Uebergang nicht berührt; die Einwendungen aus dem Rechtsverhältnisse bleiben bestehen, obgleich dies im BGB. nur bei §§ 774, 1143 u. 1225 ausdrücklich hervorgehoben wird.

Die in den Fällen des Ueberganges bei Zahlung durch einen Dritten sich überall vorfindende Klausel „der Uebergang kann nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden" bedeutet:

a) Der Gläubiger ist dem Dritten in der Sache zu nichts verpflichtet; es liegt eine causa cessionis, aus der sich eine Regreßpflicht des bezahlten Gläubigers ergeben könnte, überhaupt nicht vor.

b) Trotz § 412 hat der bezahlte Gläubiger gegen die Ansprüche aus §§ 402, 403 die Einwendung, daß dies ihm zum Nachtheile gereichen könnte und gegen ein berechtigtes Interesse seiner selbst verstieße.

c) Bezahlt der Dritte nur einen Theil der Hauptschuld, so hat der alte Gläubiger für den verbliebenen Rest ein Vorrecht in der Reihenfolge der Befriedigung. Der Dritte, der ohne Rücksicht auf das bessere Recht des alten Gläubigers seine Forderung von dem Schuldner einzieht und dadurch dessen Befriedigung vereitelt oder erschwert, haftet auf Schadensersatz nach § 823 („oder ein sonstiges Recht") oder bei mangelnder Schuld wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812).

2. Hellwig, Anspruch 356 ff. u. Rechtskraft 395: § 412 findet Anwendung auf die Fälle der dinglichen Surrogation (§§ 1381, 2019 II, 2041, 2111 I) und auf die Erbfolge, wobei an Stelle der hier nicht möglichen Abtretungserklärung der Erbschein tritt.

3. Schollmeyer 393: Die Kenntniß vom gesetzlichen Uebergang ist vorhanden, wenn der Schuldner die Thatsachen kennt, an welche der gesetzliche Uebergang angeknüpft ist.

4. RG. JW. 00 475 Nr. 21: Nach § 119 Unfallversicherungsgesetz geht die Forderung des Verletzten gegen den Thäter auf die Berufsgenossenschaft erst in dem Zeitpunkt über, in welchem der Verletzte gegen die Genossenschaft den Anspruch auf die Unfallrente erhebt und diese darauf eine solche gewährt, oder doch ihre Verpflichtung dazu anerkennt. Ein vorgängiger Verzicht des Verletzten gegenüber dem Dritten ist also wirksam.

§ 413. 1. Aus § 398 und § 413 ist als Regel zu entnehmen, daß jede Forderung und jedes Recht, insbesondere auch aus gegenseitigen Verträgen, ohne Genehmigung des Schuldners auf einen Anderen übertragen werden kann. RG. 51 171.

2. Hellwig, Rechtskraft 377: Wie allgemein anerkannt ist, fällt die Uebertragung aller Urheber- und Erfinderrechte unter § 413; vgl. Schollmeyer 394.

Fünfter Abschnitt.

Schuldübernahme.

§ 414. 1. v. Blume, Iherings J. 39 390 ff. unterscheidet „befreiende" („privative") und „bestärkende" („kumulative") Schuldübernahme, welche Ausdrücke Regelsberger ebenda 464 für annehmbar erklärt. Das Gesetz regelt nur die erste, die es als Sondernachfolge in die Schuld konstruirt hat, wofür auch § 418 spricht; doch ist es auch jetzt noch möglich, als Gesammtschuldner neben einen Anderen zu treten, dessen Verpflichtung bereits besteht.

2. a) v. Blume a. a. O. 394 ff.: Der Vertrag des § 414 erfüllt die Aufgabe der römischen Passivnovation (Expromission), er ist einfach und durchsichtig und von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß völlig getrennt, wie auch § 416 II ergiebt.

Ebenso Horn, Schuldübernahme (1902) 68: Die Expromission kann auf Grund einer Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Uebernehmer erfolgt sein; dieselbe ist jedoch für die Beurtheilung des Expromissionsvertrags irrelevant.

b) Nach Tränkner, SächsA. 7 593 ff., der eine Vergleichung mit den Bestimmungen des früheren sächsischen Rechtes giebt, werden die Fälle nach § 415 im praktischen Leben häufiger vorkommen als die Expromissionsverträge nach § 414. Der Uebernahmevertrag wird nach den §§ 182, 185 behandelt als eine Verfügung über ein fremdes Vermögensrecht.

605: Verschieden davon ist der Fall der Erfüllungsübernahme nach § 329.

v. Regelsberger a. a. O. 468 ff. bezeichnet den Vorgang des § 414 als „eingliedrige", den der §§ 415, 416 als „zweigliedrige" Schuldübernahme. Die „eingliedrige" Schuldübernahme ist mit der römischen Expromission verwandt, wenn auch nicht identisch (Näheres 469/70).

3. Da nach § 414 der Gläubiger den Schuldner ohne dessen Zustimmung entfernen kann, kann die Bestimmung des § 397 Abs. 1, die für den Erlaß einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner verlangt, dadurch illusorisch gemacht werden, daß er an Stelle des die Zustimmung zum Erlaßvertrag versagenden Schuldners einen Dritten die Schuld übernehmen läßt und mit diesem den Erlaßvertrag schließt. (Stammler 208.)

4. Kumulative Schuldübernahme insbesondere.

a) Wenngleich das BGB. im § 414 nur den Fall der privativen Schuldübernahme (mit Ausscheiden des alten Schuldners) behandelt und den Fall der

kumulativen Schuldübernahme (Eintreten als Solidarschuldner neben dem alten Schuldner) nicht besonders erwähnt, ist der letztere Fall durchaus möglich und wirksam; im Zweifel wird man sogar kumulative Schuldübernahme annehmen müssen, weil diese auf beiden Seiten am wenigsten Belastung und Beschränkung für den durch den Vertrag Beschwerten mit sich führt. (Stammler, Schuldverh. 206, 207.)

Ebenso Hellwig, Verträge 176 ff.: Das Gesetz hat direkt nur die Schuldsukzession mit Befreiung des Urschuldners im Auge. In dem majus ist aber auch das minus anerkannt: Der Eintritt in die Schuld neben dem Urschuldner. Man kann also privative und kumulative Schuldsukzession (Schuldübernahme) unterscheiden. Letztere ist im Zweifel als gewollt anzusehen; sie ist von dem BGB. (und dem HGB.) vielfach als kraft Gesetzes eintretend statuirt.

Vgl. auch oben v. Blume zu 1 und RG. nachstehend unter b.

b) RG. 51 121, JW. 02 Beil. 221. Das BGB. bezeichnet nur, abgesehen von den in den §§ 415, 416 geregelten Rechtsgeschäften zwischen dem Schuldner und einem Dritten, dasjenige Geschäft zwischen dem Gläubiger und einem Dritten, nach welchem zugleich der ursprüngliche Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit werden soll, als Schuldübernahme: die sog. privative Schuldübernahme (§ 414). Wird, was natürlich möglich, die sog. kumulative Schuldübernahme beabsichtigt, so muß doch jedenfalls, sollte auch solch ein Vertrag begrifflich von der Bürgschaft des § 765 oder des § 773 Ziff. 1 unterschieden werden können, auch für ihn die Schriftform als erforderlich erachtet werden. Es liegt hier ein Geschäft ganz anderer Art als im Falle des § 414 vor, das seiner materiellen Wirkung nach jedenfalls die größte Aehnlichkeit mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft hat, so daß die legislativen Erwägungen des § 766 auch hier völlig zutreffen. Ließe man mündlichen Abschluß zu, so wäre die Umgehung des § 766 die leichteste Sache von der Welt.

Hiergegen kann aus § 778 ein Bedenken nicht entnommen werden, weil trotz der Aehnlichkeit des Kreditauftrags mit einer bedingten Bürgschaft das Gesetz ihn unter den Begriff des Auftrags gebracht hat und nach § 671 für den Auftraggeber, bis es zur Kreditgewährung gekommen ist, ein Kündigungsrecht besteht. — S. auch OLG. Rostock, Meckl. Z. 21 206.

A. M. OLG. 4 3 f. (Celle). In der Abmachung einer Ehefrau mit einem Reisenden, daß sie seine Kaufschuld bezahlen wolle, wobei auch gleich bestimmte Fristen für die Zahlung ausgemacht wurden, ist eine privative oder kumulative Schuldübernahme zu erblicken. Auch letztere ist nach dem BGB. möglich und erfordert nicht die Schriftform des § 766.

Vgl. über diese Frage auch die Aufsätze im R. 03 286, 287, 335 (Birkenbihl, Hellbach), die die Nothwendigkeit der Schriftform bejahen, und die von David R. 03 356 und Josef DJZ. 03 422, die sie verneinen.

5. Der Schuldübernehmer ist der Rechtsnachfolger des Hauptschuldners. Uebernimmt ein solcher eine rechtskräftig festgestellte Schuld, so kann sich der Gläubiger auf Grund des § 727 CPO. eine vollstreckbare Ausfertigung des Urtheils gegen den Uebernehmer ertheilen lassen. Haverkamp DJZ. 01 530 gegen Staub, Kommentar zum HGB. Anm. 26 zu § 17.

6. v. Blume a. a. O. hält die Einzelheiten des Titels nicht für glücklich geregelt; hier müßte durch Auslegung des Parteiwillens geholfen werden.

A. M. Horn a. a. O., der das Institut insbesondere nach österreichischem Rechte historisch und dogmatisch untersucht; er hält — a. a. O. 66 — das Gesetz für besonders werthvoll, weil hier zum ersten Male die ungemein verdienstvollen Ansichten von Jürgens, Regelsberger, Unger und Windscheid adoptirt wurden und rückhaltlos legislative Anerkennung fanden.

7. Neves R. 01 202: Auf den Fall, daß der Ersteher eines zwangsweise versteigerten Grundstücks mit dem Gläubiger vereinbart, daß seine zur Bezahlung gelangende Hypothek oder Grundschuld (§ 91 des Zwst.Ges. v. 24. 3. 97) bestehen bleiben soll, sind die §§ 414 ff. unanwendbar. Ging früher die Praxis dahin, daß der betreffende Gläubiger im Kaufgelderbelegungstermine die Erklärung abgab, er wolle darin willigen, daß statt der Baarzahlung die Hypothek bestehen bleiben solle, und daß der Ersteher die Erklärung abgab, er übernehme die Hypothek als Selbstschuldner, so ist nach dem BGB. zu beachten: daß nicht sowohl eine Schuld übernommen, als vielmehr ein neues Darlehen zwischen Ersteher und Gläubiger vereinbart wird. Der Ersteher will nur die ihm in Folge des Zuschlagsbeschlusses obliegende Baarzahlung an den Gläubiger vermeiden, indem er, unter Zusicherung einer Hypothek von gleichem Range, als sie der Gläubiger bisher besessen hat, sich als Darlehensschuldner bekennt.

Die Uebernahme einer Hypothek im Zwangsversteigerungsverfahren in Anrechnung auf den Kaufpreis enthält eine Novation mit der Wirkung, daß an die Stelle des durch den Wohnort des bisherigen Schuldners bestimmten Erfüllungsorts ein neuer Erfüllungsort tritt, welcher sich in Ermangelung anderweitiger Vereinbarung nach dem Wohnsitze des neuen Schuldners zur Zeit der Schuldübernahme bestimmt. OLG. Kiel, Schlesw.-Holst. Anz. 01 70, R. 01 174 Nr. 555.

§ 415. 1. Begriff und Konstruktion (Allgemeines).

a) v. Blume a. a. O. 396 ff.: Der Vertrag des § 415 ist ein sehr komplizirtes Gebilde; ein Vertrag, durch den sich Jemand dem Schuldner verpflichtet, die Schuld zu übernehmen, fällt nicht unter § 415; denn hier hat der Gläubiger nichts zu genehmigen.

Negativ ist festzustellen: α. Die Genehmigung ist nicht etwa „Beitritt" des Gläubigers zu dem Vertrage des Urschuldners und Uebernehmers (s. auch 417 und Regelsberger 468, 481 Anm. 1); der Vertrag wird nicht dreiseitig; die „Kollektiv-Offerten-Theorie", die den Antrag zum definitiven Vertrag in der Vereinbarung zwischen Urschulden und Uebernehmen sehen wollte, ist nicht angenommen; die „Mittheilung" dieser Vereinbarung läßt sich nicht als ein derartiger Antrag auffassen.

β. Einen der beiden Kontrahenten als Vertreter des Gläubigers aufzufassen, ist nicht möglich.

γ. Der Vertrag ist auch nicht ein besonders gearteter „Vertrag zu Rechten eines Dritten", einmal, weil nur ein schon vorhandenes Recht des Gläubigers verändert werden soll, dann auch, weil die Schuldübernahme ein abstrakter Sukzessionsvertrag (§ 417) ist, durch die der Rechtsgrund der Forderung des Gläubigers unberührt bleibt, während der Vertrag zu Rechten Dritter eine Forderung mit selbständigem Rechtsgrunde schafft. Schließlich wäre dann der ganze Abschnitt V überflüssig.

Demnach ergiebt sich als juristische Konstruktion: daß § 415 nur einen Anwendungsfall des § 185 regelt, indem der Schuldübernahmevertrag zwischen Urschuldner und Uebernehmer einen Eingriff in das Vermögensrecht des Gläubigers darstellt und zur Wirksamkeit gegen ihn seiner Genehmigung bedarf. (Bedenken gegen die Parallele der Genehmigung aus § 415 und § 185 a. a. O. 400/2). S. auch Tränkner § 414 zu 2b, Regelsberger unten zu 2b und Horn zu 4. — v. Blume will darlegen, daß diese juristische Konstruktion falsch ist, daß § 415 im Rechtsleben überhaupt nicht zur Anwendung kommen wird (403).

b) Kah, Puchelts Z. 30 333 ff. Die Schuldübernahme erscheint als Sondernachfolge in die Schuld; er betont die Unterschiede gegenüber der subjektiven Novation.

2. Begriff und Konstruktion. (Kritik).

a) v. Blume a. a. O. 403 ff. Bei der Schuldübernahme soll der Erwerber dem Schuldner die Schuld wirthschaftlich abnehmen; es wird ein Vermögensstück veräußert, das mit einer Schuld belastet ist; mit dem Aktivum will der Inhaber auch das Passivum abstoßen; es soll reiner Tisch gemacht werden. So kommt es zur Uebernahme der Schuld durch den Erwerber des Aktivum. (Häufigste Fälle: Veräußerung hypothekenbelasteter Grundstücke und eines Handelsgeschäfts mit Aktiven und Passiven, Sonderfall RG. 32 Nr. 40.)

Während die Hypothekenübernahme eine gesonderte Betrachtung erfordert, ist die Uebernahme eines Handelsgeschäfts ein typischer Fall, an dem sich die Parteiabsicht klarlegen läßt: ob U (der Käufer), der die Passiva des S zu übernehmen erklärt, durch diesen Vertrag an Stelle des G Gläubiger werden will? Woran ist zu erkennen, ob die Parteien Schuldübernahme oder bloß „Erfüllungsübernahme" wollen?

Auf die Ausdrücke kommt es nicht an; S übernimmt immer die Schulden auf sein Vermögen und berechnet danach den Kaufpreis. Mit dem Ausdrucke „Schuldübernahme" kann also beides (s. o.) gemeint sein.

Auch der wirthschaftliche Zweck giebt keine Auskunft: S will das Passivum auf U abwälzen und würde am liebsten bereits aus dem Schuldverhältnisse gelöst sein; doch kann er dies nur wirthschaftlich, nicht juristisch sein: sog. „interne Schuldübernahme"; sie kommt auch im § 415 III zum Ausdrucke. Doch legen es die Parteien von vornherein darauf an, sie zur externen auszugestalten; hierfür aber fehlt es bei dem Urschuldner an einem Interesse; es kann ihm, da er doch nicht durch die Vereinbarung mit dem Uebernehmer frei werden kann, gleichgültig sein, auf welche Weise dieser seine Befreiung herbeiführt, ob durch Erfüllung oder externe Schuldübernahme. Damit erledigt sich die Frage nach dem Verhältnisse der Schuldübernahme und der sog. Erfüllungsübernahme. Soll § 415 überhaupt angewendet werden, so muß das praktische Bedürfniß aufgezeigt werden, das die Parteien veranlassen kann, über die interne Schuldübernahme hinauszugehen und eine externe zu vereinbaren. Dieser Forderung kann nie genügt werden. Der Vertrag zwischen U und S ist also *nur* eine interne Uebernahme; *allein* der *Uebernehmer* hat ein Interesse an der externen Schuldübernahme. Den Einwand, der Urschuldner könne ein Interesse daran haben, *sicher zu sein*, daß er frei wird, widerlegt er a. a. O. 410/412.

412 ff.: Der § 415 bürdet ohne Grund dem U *gerade* die Gefahr auf, von der er den S befreien will: daß er leisten muß, ehe er sein Aequivalent erhalten hat, er muß von vornherein auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags verzichten. Der Uebernehmer will aber gar nicht dem Urschuldner derartige Vortheile in die Hand geben; die bedingungslose Auslieferung an den Gläubiger bedeutet eine souveräne Verachtung des Parteiwillens, die um so unerklärlicher erscheint, als im § 416 eine andere Regelung getroffen wird. Es ist aber unmöglich, den § 415 etwa dadurch zu retten, daß man eine stillschweigende Bedingung zu voriger Leistung des Urschuldners unterlegt. Der § 415 muthet den Parteien, der Praxis und der Wissenschaft Unmögliches zu, aber außerdem auch dem Gläubiger, der, um die Genehmigung angegangen, nicht wird begreifen können, weshalb er, wenn U durch jenen Vertrag sein Schuldner hat werden sollen, warten soll, bis er förmliche Mittheilung davon erhalten habe (Näheres 414/415).

415 ff.: In Wirklichkeit wird aber der Gläubiger in der Mittheilung von der Uebernahme seitens des U das Anerbieten des U sehen, an Stelle des S in dessen Schuld eintreten zu wollen, d. h. eine Offerte zum Uebernahmevertrage nach § 414. Ebenso wird G die Sache ansehen, wenn S ihm die Mittheilung

macht. — Daß diese Mittheilungen nicht die geringste bindende Kraft haben sollen, wird er nicht verstehen.

Ergebniß demnach: der Vertrag zwischen S und U soll nur interne Wirkung haben, nach außen wird eine Wirkung erst erzielt durch ein an S gerichtetes Angebot, das sowohl der U wie auch als sein Bevollmächtigter der S abgeben kann.

Der Praxis erwächst aus alledem die Aufgabe, den § 415 im Zweifel auf den Schuldübernahmevertrag nicht anzuwenden (das Zugeständniß Plancks, Anm. 1 zu § 415, de lege condenda genügt nicht). Der § 415 ist nur dann anzuwenden, wenn die Parteien die in ihm festgesetzten Wirkungen klipp und klar vereinbart haben. Mit Bezeichnungen wie „Schuldübernahme" ist aber nichts anderes als interne Schuldübernahme gemeint. Demnach ist § 415 „ein todtgeborenes Kind".

b) Nach Regelsberger a. a. O. 463 ff., insbesondere 465 ff. gleicht die „interne Schuldübernahme" v. Blumes genau dem, was man bisher „Erfüllungsübernahme" genannt hat; er sieht in der Bezeichnung eine Verschlimmbesserung. Wie auch die wirthschaftliche Auffassung sei, — der Jurist verbinde mit Schuldübernahme die Vorstellung, daß der Uebernehmer zu dem Gläubiger in ein ausschließliches oder akzessorisches Haftverhältniß tritt. Wo aber ein Rechtsgeschäft mit dem Inhalte der Erfüllungsübernahme geschlossen wird, da liege den Parteien jede Hereinziehung des Gläubigers in ihren Handel fern, sie bilde eine häusliche Angelegenheit unter den Parteien. Auslegungsschwierigkeiten und schwierige Grenzfragen kämen auch anderwärts vor, auch die v. Blumesche Unterscheidung vermeide sie nicht, und der wirthschaftliche Zweck eines Geschäfts könne alleiniger Auslegungsbehelf wenigstens da nicht bleiben, wo er verschiedene rechtliche Verwirklichungen zulasse.

470 ff. tritt er gegen Bähr, der sich die angestrebte Befreiung des Schuldners nur durch Vermittelung eines zweiten Vertrags — zwischen U und G oder S und G — denken kann (Abtretungstheorie), für die „Verfügungstheorie" ein, die in dem zwischen U und S errichteten Veräußungsvertrage die Vereinbarung findet, daß der Uebernehmer gegen Abrechnung auf das, was er aus dem gegenwärtigen Vertrage schuldig wird, in ein Schuldverhältniß des Veräußerers zu einem Dritten als Schuldner an des Veräußerers Stelle eintritt. Dieses Geschäft erreicht wie jede andere Verfügung über fremde Rechte, seinen Zweck (Eingriff in die Vermögenssphäre des Gläubigers) nur durch dessen Genehmigung. Mit dieser Theorie stimmen die §§ 415 Abs. 3 und 417; sie entspricht der Verkehrsauffassung und verwirklicht die Parteiabsicht auf einfachem Wege und giebt auch dem Gläubiger Sicherheit.

a. a. O. 475 ff. widerlegt er die v. Blumeschen Bedenken bezüglich der Parallele der §§ 185 und 415. (Ihm schließt sich Horn a. a. O. 77/78 an.) 479 ff.: Der Behauptung, daß ein Geschäft, wie es § 415 voraussetze, im Leben nicht vorkomme, liege die Verwechselung des Thatbestandes eines Geschäfts mit den vom Gesetz an diesen Thatbestand geknüpften Wirkungen zu Grunde; man könne nur sagen: der § 415 hat eine Härte geschaffen, die im Verkehr empfunden wird und die Beseitigung erheischt. Aber bei näherer Betrachtung stellt das strenge Urtheil v. Blumes sich als noch weniger begründet heraus. Die Gefahr, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags wider Willen zu verlieren, bestehe für den U nur dann, wenn der S seiner Verpflichtung aus dem Veräußerungsvertrage nicht nachgekommen sei, und auch dann nicht, wenn der U (Käufer) dem S (Verkäufer) kreditirt habe. Es könne aber auch auf einem weniger blutigen Wege geholfen werden, durch Anwendung einiger Vorsicht beim Abschluß eines Schuldübernahmevertrags: „Der Uebernehmer muß beim Vertragsschlusse mit

dem Schuldner auf die Aufnahme der Bestimmung dringen, daß der Schuldner zur Mittheilung der Schuldübernahme an den Gläubiger erst befugt sein soll, wenn er seine Verpflichtung gegen den Uebernehmer erfüllt oder dafür Kredit erhalten hat." . . . „Und will der Uebernehmer ganz sicher gehen, so macht er dem Gläubiger von dieser Einschränkung Anzeige." — (Beifällig Horn a. a. O. 79.)

a. a. O. 481 ff. widerlegt er die neuerdings auch von Seuffert, Kipp und v. Blume vertretene „Angebotstheorie", die, ausgehend von der angeblichen Unmöglichkeit, daß sich ein Schuldnerwechsel ohne einen Vertrag zwischen dem G und dem U vollziehe, in der an den G gerichteten Aufforderung zur Genehmigung das Vertragsangebot erblickt, wendet sich schließlich gegen v. Blumes Ergebniß (s. o. 415 ff.) und setzt der v. Blumeschen Behandlung des Parteiwillens seine Auffassung entgegen: Es ist nur ein doppeltes möglich: Entweder ist die Absicht der Vertragschließenden erkennbar auf eine rechtliche Wirkung des Geschäfts unter ihnen beschränkt, dann bleibt die Schuldabwälzung „intern", — (es handelt sich um „Erfüllungsübernahme"), — oder die Parteien wollen, daß der Schuldner durch den Eintritt des Uebernehmers in ein unmittelbares Haftverhältniß zum Gläubiger befreit werde; dann ist von ihnen nicht lediglich eine „interne" Wirkung gewollt."

c) Gegen Regelsberger tritt Jhringers J. **40** 109 ff. v. Blume in einer Replik von Neuem dafür, daß ein Unterschied zwischen „Erfüllungsübernahme" und „Schuldübernahme" nicht existirt, und für seinen Begriff der „internen Schuldübernahme" ein. An der Bezeichnung ist ihm nichts gelegen, wenn man nur für die Erfüllungsübernahme anerkennt, daß der Vertrag zwischen S und U stets nur auf Befreiung des S abzielt und deren Modus dem U überlassen bleibt. Die Sätze Regelsbergers a. a. O. 468, insbesondere sein Satz „im Zweifel Erfüllungsübernahme" seien geeignet, den Richter, dessen natürliches Bestreben es sei, die Art von Schuldübernahme des § 415 auch im Rechtsleben wiederzufinden, zu verwirren. Deshalb müsse auf den Widerspruch zwischen § 415 und den Erfahrungen des Lebens hingewiesen werden.

Aber auch dem Wortlaute des Gesetzes würde gar nicht entsprochen; der § 329 stelle zwar die Vermuthung auf, daß die Erfüllungsübernahme nicht als Vertrag zu Rechten des Gläubigers gemeint sei, ob aber Erfüllungs- oder Schuldübernahme vorliege, bleibe der Würdigung des Richters überlassen. — Der Satz in dubio pro reo schließlich als solcher errege überhaupt die schwersten Bedenken. — Der Richter müsse erkennen, daß durch interne Schuldübernahme derselbe wirthschaftliche Erfolg herbeigeführt werde, wie durch solche nach § 415, ohne daß der U durch das abstrakte Geschäft unnützer Weise in eine anormale Rechtslage gebracht wird, indem er der Einrede des nicht erfüllten Vertrags beraubt wird. (S. hierüber auch unten Ziff. 3).

Das von Regelsberger demgegenüber vorgeschlagene Abhülfemittel sei unwirksam, da der empfohlenen Vertragsbestimmung (s. o.) keine Wirkung gegen den Gläubiger zukomme (Näheres 115/116).

117 ff. entwickelt er von Neuem seine Bedenken gegen die Parallele der §§ 185 und 415 und bekämpft die Verfügungstheorie, deren Grundfehler in einer falschen Auffassung von dem Wesen der Genehmigung liege, die der Berechtigte der Verfügung eines Nichtberechtigten zu Theil werden lasse.

Ueber andere Einwendungen noch 121—123.

3. Abs. 3. Begriff und Konstruktion.

a) Das Gesetz versteht in § 414 unter Schuldübernahme den zwischen dem Uebernehmer und dem Drittgläubiger geschlossenen Vertrag, durch welchen die Schuldsukzession herbeigeführt wird, im § 415 die Vereinbarung zwischen dem Uebernehmer und dem Urschuldner. Diese hat die prinzipale Folge, daß

der Uebernehmer dem Urschuldner gegenüber verpflichtet wird, ihn zu befreien. Die Schuldübernahme im Sinne des § 415 ist also gleichbedeutend mit der im § 329 definirten Erfüllungsübernahme. Sie hat als solche keinerlei Einfluß auf den Bestand der Urschuld; der Uebernehmer haftet dem Drittgläubiger weder aus dieser, noch aus der Erfüllungsübernahme (§ 329). Sie bekommt dem Drittgläubiger gegenüber eine Bedeutung erst dadurch, daß ihm die Schuldübernahme mitgetheilt wird und er sie genehmigt. Mittheilung ist nichts Anderes als Angebot des Schuldsukzessionsvertrags; zur Stellung dieser Offerte (im Namen des Uebernehmers) ist der Urschuldner im Zweifel legitimirt. Die Genehmigung ist Akzeptation dieser Offerte. Ihre Verweigerung macht nur diese Offerte, nicht aber die Verpflichtung zur Befreiung des Urschuldners hinfällig. (Hellwig, Verträge 159--165). — Die Schuld- oder Erfüllungsübernahme ist zu unterscheiden von dem Vertrag auf Leistung an den Drittgläubiger in dem § 329. (Hellwig, Verträge 182—197). Darüber, wann letztere, wann jene als gewollt anzunehmen ist, s. Hellwig 202 bis 207, über die Form der Schuldübernahme s. Hellwig 174 ff., über die Konsequenzen der bezeichneten und der herrschenden Anschauung 167—174.

b) Gegen v. Blume (a. a. O. 409) und die Motive tritt Kah (a. a. O. 343 ff.) dafür ein, daß es sich weder um eine interne Schuldübernahme noch um mittelbare Stellvertretung handelt. Gerade in der Kreirung der Sondernachfolge in die Schuld auch dem Gläubiger gegenüber besteht nach dem BGB. das Wesen der Schuldübernahme. Die bloße Erfüllungsübernahme steht im Gegensatze zu dieser Sondernachfolge. Sie enthält im Zweifel nach § 329 nicht einmal ein pactum in favorem tertii, ein Geding im Sinne des § 328 Abs. 1. Im Zweifel erwirbt der begünstigte Gläubiger ein unmittelbares Recht aus dem reinen Erfüllungsübernahmevertrage zwischen Schuldner und Uebernehmer nicht, und, wenn er es erwirbt, so besteht sein Recht gegen den Schuldner neben dem Rechte gegen den Uebernehmer. Hier liegt also nicht eine Schuldübernahme vor: weil eine Sondernachfolge in die Schuld nicht in Frage steht. Es läge ein Fall der bisherigen sog. kumulativen Intercession vor.

c) Nach Horn a. a. O. 68 gilt das Geschäft vor der Genehmigung als Erfüllungsübernahme, allein ohne den Charakter eines Schuldbefreiungsvertrags, daß der Dritte mit dem Schuldner vereinbaren könne, ihn durch geeignete Maßregeln von seiner Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger zu „befreien" (wie Cosack annimmt; anders auch Dernburg, Bürg. Recht § 155 S. 355/6, auch Hellwig). In diesen Erörterungen ist der Begriff „Erfüllungsübernahme" viel zu weit gefaßt. Entgegen steht der Wortlaut des § 329: der Uebernehmer nimmt dem Schuldner nicht die Schuld, sondern nur die Erfüllung ab und auf sich, daß der Schuldner in dem obligatorischen Verbande zu dem Gläubiger bleibt, daß der Uebernehmer jedoch verpflichtet ist, durch rechtzeitige Befriedigung des Gläubigers die Einklagung von ihm abzuwenden, und daß er sonst für allen Schaden zu haften hat (Näheres 70/71). Die Erfüllungsübernahme bewirkt daher in ihrem Endeffekte höchstens eine faktische, eine wirthschaftliche, jedoch keine rechtliche Befreiung des Schuldners, der in dem obligatorischen Verbande zu dem Gläubiger bleibt.

d) Tränkner a. a. O. 605. Gegen Fischer-Henle ist anzunehmen, daß der im § 415 Abs. 3 erwähnte Zustand wirkliche Schuldübernahme, nicht bloß Erfüllungsübernahme ist; nur ist die Wirksamkeit noch bis zur Genehmigung des Gläubigers hinausgeschoben. Wenn auch der rechtliche Zustand der nämliche ist wie nach § 329, so ist doch der Zweck ein ganz anderer, als die Schuldübernahme bezweckt, dem Gläubiger ein selbständiges Klagerecht gegen den Uebernehmer zu verschaffen, während dies nach § 329 gerade ausgeschlossen ist.

4. Abs. 3. Die Genehmigung. (Allgemeines).

a) Horn a. a. O. 68. Das Erforderniß der Notifikation ist gesetzliche Voraussetzung der Schuldübernahme, ohne daß jedoch dadurch die Genehmigung des Gläubigers ihren rechtlichen Charakter verlieren würde. Die Auffassung geht nicht dahin, daß die beiden Kontrahenten dem Gläubiger einen Gesammtantrag stellen, den dieser durch Annahme zum Vertragsschluß erhebt, sondern, daß die Forderung wie ein Gut behandelt wird, über das der Schuldner verfügt, ohne doch der Verfügungsberechtigte zu sein. Dieser Mangel wird durch die Zustimmung des Berechtigten geheilt, das Geschäft konvaleszirt. Zu beachten bezüglich der Genehmigung: §§ 415 Abs. 2, 147 Abs. 1 und Abs. 2.

Kah a. a. O. 337 ff. Die Genehmigung hat nicht den Charakter eines Thatbestandsmoments des Rechtsgeschäfts; sie ist vielmehr als eine zu ihm hinzutretende selbständige formfreie Willenserklärung aufgefaßt.

b) Kah a. a. O. Was die konstruktionelle Seite anbelangt, so handelt es sich nicht um zwei selbständige Verträge; es wird deshalb auch nicht eine doppelte Verstempelung der Vertragsurkunde nöthig.

5. Abs. 3. Die Genehmigung. (Einzelheiten).

a) Tränkner a. a. O. Genehmigung: Einseitiges, empfangsbedürftiges, abstraktes Rechtsgeschäft. — Eine stillschweigende Verweigerung wird nicht leicht vorkommen, ist insbesondere nicht schon darin zu finden, daß der Gläubiger nach erhaltener Mittheilung den alten Schuldner in Anspruch nimmt (596 Anm. 4).

Trotz des Wortlauts des § 415 Abs. 1 Satz 2 kann die erforderliche Zustimmung des Gläubigers auch gleichzeitig mit dem Schuldübernahmevertrage wirksam erfolgen, — wenn ihn die Betheiligten in Gegenwart und zu Angehör des Gläubigers abschließen; darin liegt die gleichzeitige Mittheilung.

Dagegen würde eine im Voraus ertheilte Einwilligung wirkungslos sein, da sie nach § 183 bis zum Abschlusse des Vertrags widerrufen werden kann und den Betheiligten keine sichere Gewähr für den endgültigen Willen des Gläubigers bietet (596/7).

Nach erfolgter Verweigerung der Genehmigung können nur noch beide Parteien übereinstimmend den Gläubiger zur Genehmigung des Vertrags auffordern (598).

b) Kah a. a. O. Für das Wirksamwerden der Genehmigung ist nicht ihr Datum, sondern dasjenige des Abschlusses des Schuldübernahmevertrags maßgebend.

c) Kah a. a. O. Forderten sowohl der Schuldner wie der Uebernehmer zu verschiedenen Zeiten den Gläubiger zur Genehmigung auf, so entscheidet, sofern die Verweigerung nicht schon zu Folge Fristablaufs als eingetreten gilt, die vom Gläubiger zuerst erklärte Entschließung.

Horn a. a. O. Wurde dem Gläubiger von beiden Theilen eine Frist gesetzt, und zwar vom Schuldner eine kürzere, vom Uebernehmer eine längere, so entscheidet die längere (a. a. O. Planck und Kipp bei Windscheid § 338, 374).

d) OLG. 4 228 (Königsb.). Unter rechtzeitiger Befriedigung im Sinne des § 415 ^{3} kann nur eine Befriedigung zu dem Zeitpunkte verstanden werden, in welchem der Gläubiger das Recht hat, Zahlung zu verlangen, sei es, daß dieser Zeitpunkt im Schuldinstrumente fixirt oder durch Kündigung herbeigeführt ist. Keineswegs aber hat der Uebernehmer die Verpflichtung, seinerseits selbst die Fälligkeit der Forderung durch Kündigung herbeizuführen, selbst wenn er vom ursprünglichen Schuldner, der ja in der Lage war, selbst die Forderung zu kündigen, dazu aufgefordert sein sollte. Ebenso ist es unerheblich, ob sich die Gläubigerin zur Annahme der Zahlung auch vor Fälligkeit der Forderung herbeigelassen hatte; denn die Fälligkeit der Forderung bezeichnet den — in obigem Sinne maßgebenden — Zeitpunkt, in welchem der Gläubiger ein Recht hat, Zahlung zu verlangen.

Kah a. a. O. 343 ff. Zur sofortigen Verschaffung der Genehmigung ist der Uebernehmer dem Schuldner gegenüber nur dann verpflichtet, wenn sie besonders von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart wurde. Ein Vertrag über die Handlung eines Dritten kann den Versprechenden verpflichten, für den Erfolg seines Versprechens einzustehen. (Einschränkung des § 306). Im Zweifel aber hat der Uebernehmer den Schuldner nur gegen einen Angriff des Gläubigers zu schützen, ist er ihm nur zur sog. Erfüllungsübernahme obligirt.

6. **RG. 51** 425. Wird mit einer Auftragsertheilung des Vertreters einer Gesellschaft an einen Dritten eine gleichzeitige Vereinbarung des Vertreters im eigenen Namen über deren Schuldübernahme und seine eigene Schuldbefreiung verbunden, so bildet sie nach dem Willen der Betheiligten einen untrennbaren Bestandtheil des Gesammtgeschäfts und gestaltet dieses zu einem Vertrage nach § 415, wozu die Mitwirkung aller drei Betheiligten nothwendig ist. Allein das demnach nothwendige Vertragschließen des Gesellschaftsvertreters mit sich selbst macht nach § 181 das Rechtsgeschäft gänzlich nichtig.

§ 416. 1. Begriff, Konstruktion und kritische Würdigung.

a) Kah a. a. O. 344. Leitender Gedanke der Vorschrift ist, die Befreiung des Veräußerers von seiner persönlichen Verbindlichkeit und die Vereinigung der persönlichen Haftung mit dem Eigenthume an dem haftenden Grundstücke in der Person des Erwerbers möglichst zu fördern.

v. Blume a. a. O. 419 ff.: Nach der heutigen Verkehrsanschauung wird wirthschaftlich das Hauptgewicht auf die Hypothek gelegt und die persönliche Schuld als das Akzessorium behandelt. Dies kommt auch bei der Hypothekenübernahme zum Ausdruck. Obwohl nach dem Vertrage die Hypothek nur „in Anrechnung auf den Kaufpreis" übernommen wird, so enthält er doch drei einander bedingende Abreden: α) das Grundstück wird veräußert, ohne daß der Veräußerer die Hypotheken ablösen muß; β) es wird ein entsprechender Abzug am Kaufpreis gemacht; γ) der Erwerber verpflichtet sich, den Veräußerer von der persönlichen Schuld zu befreien.

Die Hypothekenübernahme ist zwar auch nur interne Schuldübernahme, aber dadurch ausgezeichnet, daß bei ihr alles darauf drängt, sie zur externen auszugestalten; der Schuldner hat gewisse Vortheile (421/2). Insbesondere aber veranlaßt sie den Uebernehmer, danach zu streben. Sie gewährt ihm eine Vereinfachung seiner Rechtslage. Da er ohnehin mit dem Erwerb des Grundstücks dem Gläubiger aus der dinglichen Schuld haftet, so befreit ihn der Eintritt in die persönliche Schuld nach der einen Seite, ohne ihn nach der anderen erheblich zu belasten. Und der Gläubiger schließlich ist regelmäßig daran interessirt, den Uebernehmer an die Stelle des Veräußerers zu bringen. (Näheres 422).

Für diese von allen Seiten erstrebte Schuldfolge steht außer dem § 414 der § 416 offen. — (S. auch unten Ziff. 5).

Ohne daß der Gesetzgeber es wollte und wußte, ist der Zusammenhang mit § 415 völlig zerrissen. (Näheres 424, 425, wo die Unterschiede hervorgehoben werden und dargelegt wird, daß § 416 keineswegs eine zu § 415 gehörige Sonderbestimmung darstellt). Den Inhalt des Abs. 1 giebt v. Blume so wieder: „Wer ein Grundstück mitsammt einer darauf lastenden Hypothek übernimmt, tritt mit der Auflassung des Grundstücks in die zur Hypothek gehörige persönliche Schuld ein, sofern nicht der Gläubiger binnen 6 Monaten Widerspruch erhebt. Die Frist zur Erhebung des Widerspruchs beginnt zu laufen, wenn der Gläubiger von dem bisherigen Schuldner Mittheilung von dem erfolgten Uebergange der Schuld empfangen hat."

b) Regelsberger a. a. O. 483 ff. weist gegen v. Blume darauf hin, daß bei einem Zwangsverkaufe nicht selten der Erlös auf dem Pfandgrundstücke

zur Deckung einer Hypothekenforderung nicht ausreicht. Dann aber ist es für den Gläubiger nicht werthlos, daß er sich an das ganze Vermögen des persönlichen Schuldners halten kann; und andererseits macht sich diesem die Haftung empfindlich bemerkbar. Daher bezahlen die Erwerber eines hypothekarisch belasteten Grundstücks mit der Uebernahme der persönlichen Schuld und der Hypothekgläubiger mit der Genehmigung die Vereinfachung der Rechtslage recht theuer.

Nach seiner Erfahrung ist den betheiligten Personen das Bewußtsein der neben der hypothekarischen Haftung bestehenden persönlichen Forderung keineswegs abhanden gekommen. Auch die Verträge sprechen in der Regel nicht zweideutig nur von der Uebernahme der Hypothek, die als nothwendige Folge des Grundstückserwerbes gilt.

Was die v. Blumesche Inhaltswiedergabe (s. o.) anbelangt, so findet er den Gedanken, daß das Gesetz von der Uebernahme einer Schuld spricht, für die eine Hypothek besteht, bei v. Blume „verduftet"; v. Blume spricht bloß von der Uebernahme des Grundstücks; in den Worten „mitsammt der darauf lastenden Hypothek" ist der Gedanke nicht zu finden; das wäre der Ausdruck eines Laien. Außerdem ist aber doch der Uebergang der persönlichen Schuld keine selbstverständliche, geschweige denn eine nothwendige Folge des Eintritts in die dingliche Haftung, und der Zusammenhang zwischen § 415 und § 416 hergestellt.

Aehnlich Kah a. a. O. 346 ff. gegen v. Blume (a. a. O. 423, 425): Die Schuldübernahme nach § 416 sei eine modifizirte Schuldübernahme; v. Blume übersehe den im § 416 in den Vordergrund gestellten Schuldübernahmevertrag, auch gehe es nicht an, die persönliche Schuld als ein Anhängsel der dinglichen Belastung im Rechte der Hypothek zu bezeichnen. Für das Umgekehrte vielmehr sprechen die §§ 401 Abs. 1, 1153, 1113, 1115. — Ueber die §§ 1168, 1174 a. a. O. 346.

c) Gegen Regelsberger verbleibt v. Blume in seiner Replik (a. a. O. 123 ff.) dabei, daß § 416 aus dem Spiele bleiben müsse, wenn der § 415 in Frage kommt; denn man darf nicht die Regel an einem Ausnahmefalle erklären wollen, der der Auslegung des Parteiwillens absonderliche Wege weist. § 416 ergiebt nicht einen Schuldübergang kraft Parteiwillens, sondern kraft dispositiven Rechtssatzes.

Im übrigen hält er seine Beweisführung aufrecht. Wenn Regelsberger ihm den obigen Vorwurf bezüglich der Inhaltsangabe mache, so setze dieser einfach voraus, daß der betr. Gedanke des Gesetzes in seinem Wortlaute den richtigen Ausdruck gefunden habe.

Regelsberger habe gar nicht versucht, die einzelnen Bestimmungen des § 416 mit dem Begriffe der Schuldübernahme in Einklang zu bringen; diesen Nachweis warte er ab.

2. Tränkner a. a. O. 600 ff. Bei der Uebernahme von Hypothekenschulden auf den Kaufpreis ist der Uebernahmevertrag selbst so zu verstehen, daß der Käufer nur für den Fall des wirklichen Erwerbes und nicht vorher dem Gläubiger persönlich zu haften habe.

Der Veräußerer ist gegen etwaige Benachtheiligungen durch die §§ 1164 bis 1167, 1174 geschützt.

3. Die Mittheilung.

a) Ziese, CBlFrG. 01 316 führt aus: Der Notar muß auf Grund mündlicher Beredung als legitimirt angesehen werden, die Anzeigen über den Eigenthumsübergang an die Gläubiger zu erlassen. Es ist als nobile officium des Notars anzusehen, dafür zu sorgen, daß der Veräußerer über die Vorschriften dieses Paragraphen aufgeklärt wird.

Ebenso Brettner, Gruchots Beitr. 42 793. Angesichts der Geschäftsunkundigkeit der gewöhnlichen Leute, ist es eine moralische Pflicht des instrumentirenden Richters oder Notars, die Parteien zu belehren und ihnen womöglich gleichzeitig ein Benachrichtigungsformular für die „Mittheilung" mitzugeben (793).

b) Brettner a. a. O. 794: Geht die Mittheilung von dem Ehemanne der veräußernden Ehefrau aus, so ist sie rechtsgültig nach § 1374. Dasselbe gilt, falls sie nur von einem der veräußernden Miteigenthümer erfolgt. Es liegt dann für den anderen Geschäftsführung ohne Auftrag vor (§§ 677, 683), eventuell der Thatbestand der §§ 425, 426.

c) Brettner a. a. O. 794: In der Praxis kommt es, vorzüglich bei Kindergeldern häufig vor, daß der Veräußernde der gesetzliche Vertreter des Gläubigers ist. Hier hat die Mittheilung an einen besonders zu bestellenden Pfleger zu erfolgen.

d) Planck, Anm. 1d zu § 416, Turnau-Förster I 923, Anm. 1b, Schollmeyer, Anm. 3d zu § 416, Oberneck, § 139 Nr. 3 604, Goldmann-Lilienthal, § 124 Anm. 10 halten die auf Grund einer vor der Eintragung des Erwerbers im Grundbuch erfolgte Mittheilung des Veräußerers insofern für wirkungslos, als das Schweigen des Gläubigers nicht als Genehmigung gedeutet werden kann. Eine vorzeitige Mittheilung setzt die Frist des Abs. 2 § 416 nicht in Lauf, auch nicht, wenn sie zwischen Auflassung und Eintragung erfolgt; so Fuchs I 715, a. A. Oberneck a. a. O. 605.

4. Die Genehmigung.

a) Brettner a. a. O. 794, 795: Aus den Einzelheiten des § 416 erhellt, daß der Veräußerer derjenige ist, der rechtsgeschäftlich handeln soll und dem gegenüber rechtsgeschäftlich zu handeln ist. Deshalb muß die Genehmigung des Gläubigers nur ihm und kann nicht auch dem Erwerber gegenüber erklärt werden, wie dies auf Grund des § 182 Planck (203 Note 1 unter b) annimmt. Wäre § 182 anwendbar, so müßte auch die Verweigerung lediglich dem Gläubiger gegenüber erklärt, rechtswirksam sein, welche Folgerung aber auch Planck ablehnt.

Die Verweigerung der Genehmigung ist nur dann wirksam, wenn sie dem Veräußerer zugegangen ist; der Uebernehmer ist nicht empfangsberechtigt, und die diesem erklärte Weigerung ist unwirksam. Diese Einschränkung der Empfangsberechtigung bezieht sich nicht auf die Genehmigung der Schuldübernahme, so Oberneck § 139 Nr. 6a, Planck, Anm. 1b zu § 416, Dernburg II § 59 Nr. 4, Goldmann-Lilienthal I 456 f., Crome II 362 und Anm. 19, Turnau-Förster I 924 Anm. 6, Neumann, Anm. 1 zu § 416. Für die Einschränkung auch im Falle der Genehmigung sind eingetreten: Oertmann Anm. 1a zu § 416, Staudinger Anm. 2 zu § 416, Schollmeyer Anm. 3e zu § 416, Brettner, Gruchots Beitr. 42 794.

b) Ist die Weigerung wirksam geworden, so kann zwar der Gläubiger einseitig nicht mehr nachträglich die Uebernahme genehmigen, auch nicht auf Grund bloßer erneuter Mittheilung des Veräußerers, doch genügt nach Fuchs I 716 Anm. 11a, Turnau-Förster I 925 Anm. 8, daß der Gläubiger nachträglich im Einverständnisse mit dem Veräußerer und Uebernehmer die Verweigerung zurückzieht und den alten Uebernahmevertrag genehmigt; abweichend Planck, Anm. 2 zu § 416, Matthiaß I § 101 Nr. 11 Anm. 3, Dernburg II 357 Note 3, welcher einen neuen Schuldübernahmevertrag zwischen Gläubiger und Erwerber fordert.

c) Nach Oberneck a. a. O. 608 f. erlischt die Genehmigungsmöglichkeit, wenn der Uebernehmer vor der Genehmigung bereits das Grundstück auf einen

Anderen zu Eigenthum übertragen hat. Diese Ansicht bekämpft Fuchs I 715, Anm. 9.

d) Wenn sich die schriftliche Anzeige über die Aufhebung des Uebernahmevertrags mit der schriftlich abgesandten Genehmigungserklärung des Gläubigers kreuzt, so kommt es darauf an, welche Mittheilung zuerst an ihren Adressaten gelangt ist. Regelsberger, BayrHR. 452, Oberneck, § 139 Ziff. 6b, Fuchs I 714.

e) Nach Turnau-Förster I 924, Anm. 7 gilt Schweigen nicht als Genehmigung des Gläubigers, wenn die Schuld nur in verändertem Zustande, z. B. hinsichtlich der Modalitäten wegen der Verzinslichkeit, Fälligkeit u. s. w. übernommen wird. In der Mittheilung darüber liegt dann zugleich der Antrag auf Aenderung des Schuldverhältnisses. Zur Erklärung auf diesen Antrag ist der Gläubiger nicht verpflichtet. Entgegengesetzter Ansicht ist Fuchs I 716, Anm. 12.

f) Ob die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Uebernahmevertrags zurückwirkt und von diesem Zeitpunkt ab der Veräußerer frei wird (Fuchs I 718, Anm. 16) oder erst vom Augenblicke der Eintragung des Erwerbers ab (Oberneck, § 139 Ziff. 7 609 f.), ist bestritten.

g) Oberneck a. a. O. § 139 Nr. 6a bejaht die Frage, ob der Gläubiger, über dessen Recht durch den Uebernahmevertrag verfügt werden soll, schon vor Eintragung des neuen Erwerbers des Grundstücks seine Einwilligung (§§ 183, 185 BGB.) zum Schuldübernahmevertrage geben kann; Fuchs I 714, Anm. 4a stimmt zu. Turnau-Förster I 925, Anm. 7 bejahen ebenfalls mit der Maßgabe, daß die Einwilligung erst mit dem Zeitpunkte der Eintragung des Uebernehmers als Eigenthümers, bis wohin sie widerrufen werden kann, der Schuldübernahme dingliche Wirkung verleiht. Schollmeyer, Anm. 2 zu § 415 verneint die Frage.

5. Verhältniß des § 416 zum § 414.

Barth, Württ. ZFrG. 02 161 führt aus: In der Praxis wird viel zu selten beachtet, daß auch die Hypothekenschuldübernahme direkt nach § 414 erfolgen kann; auch in dem amtlichen Formular, Beispiel A zu den Grundbuchformularen Nr. VII und VIII ist, obgleich der Hypothekengläubiger beim Kaufabschlusse mitwirkte, nicht sofort der Weg des § 414, sondern der des § 416 gewählt worden, und doch ist auch für die Hypothekenschuldübernahme die Anwendung des § 414 nicht nur zulässig, sondern häufig viel zweckmäßiger. Für die Zulässigkeit sprechen Wortlaut, die Denkschrift (Haidlen, BGB. I 468) und Planck, 1a zu § 416, — zweckmäßiger ist sie insofern, als die Schuldübernahme nach § 414 keine Form erfordert, schneller zum Ziele führt und bei ihr der Nachweis ihres Zustandekommens leichter zu führen ist, — während sie nach § 416 nur gültig ist, wenn sie vom Veräußerer (also bei Nachlaßauseinandersetzungen von allen Erben) dem Gläubiger schriftlich mit den besonderen Kautelen des Abs. 2 mitgetheilt wird, — auch erst nach vollzogener Grundbuchänderung, welche namentlich in Landgemeinden manchmal erst geraume Zeit nach Abschluß des Kaufvertrags geschieht, und alsdann unter Umständen die Betheiligten auf noch 6 Monate hingehalten werden können. Ist aber die Schuldübernahme nach § 416 durch fruchtlosen Ablauf der Frist zu Stande gekommen, so ist es mißlich, daß namentlich für die Erben des Veräußerers kein vollständiger urkundlicher Nachweis hierüber vorhanden ist.

Der Verfasser theilt ein Formular für Schreiben mit, die er bei Nachlaßauseinandersetzungen zwischen Gatten und Kindern anwendet, wobei sehr häufig der Gatte alle Schulden unter der Verpflichtung, die Kinder durch Bezahlung oder durch Verabredung der Schuldübernahme mit den Gläubigern zu befreien,

übernimmt und den Vorsitzenden des Nachlaßgerichts ersucht, in seinem Namen von den Gläubigern entsprechende Erklärungen einzuholen.

Auch Horn a. a. O. 73 ff. macht darauf aufmerksam, daß neben dem § 416 noch der § 414 gilt.

6. Beweisfrage.

Brettner a. a. O. 790 ff.: Der Veräußerer, der, vom Gläubiger belangt, das Aufhören seiner persönlichen Verpflichtung einwendete, braucht nur zu behaupten und zu beweisen, daß seit der erfolgten Mittheilung das spatium deliberationis der 6 Monate abgelaufen ist. Den Gegner trifft die Beweislast für die Abgabe seiner rechtzeitigen Weigerung (793).

7. Anwendungsgebiet (Einzelheiten).

a) Tränkner a. a. O. 601. Der § 416 erleidet auch auf Fälle Anwendung, in denen zwar der Erwerber eines Grundstücks eine Schuld des Veräußerers übernimmt, die Schuldübernahme jedoch nicht in Anrechnung auf Kaufpreis oder gar nicht aus Anlaß eines Kaufvertrags erfolgt. Z. B. der Grundstückskäufer übernimmt die Schuld als Gegenleistung dafür, daß ihm der Verkäufer eine andere Schuldverbindlichkeit erlassen hat; oder der Erwerber erhält das Grundstück schenkungsweise übertragen und übernimmt dafür die hypothekarische Schuld des Schenkgebers. Wird auch gewöhnlich in solchen Fällen der Schuldübernahmevertrag in den betreffenden Veräußerungsvertrag mit aufgenommen, so ist dies doch nichts Nothwendiges, — es müßte denn das die Uebernahme bezweckende Abkommen als integrirender Bestandtheil des Veräußerungsvertrags gewollt sein. Auch hier aber ist der Uebernahmevertrag an sich an eine besondere Form nicht gebunden; der § 313 findet keine Anwendung.

b) Auf den Fall der Rückauflassung eines Grundstücks im Wege der Wandlung und Aufhebung des Vertrags ist, wenn der Erwerber gemäß § 416 Abs. 2 einem Hypothekengläubiger gegenüber verpflichtet wurde und der Verkäufer aus der persönlichen Schuldverbindlichkeit ausschied, § 416 nicht anwendbar. Denn die Wandlung hat nach §§ 467, 346 lediglich obligatorische Wirkungen. Die Klage gegen den Verkäufer führt kaum zum Ziele, wohl aber der § 821. Boehm, R. **01** 308.

c) Die Bestimmung des § 416 bezieht sich nach Oberneck 599 nur auf Hypotheken, ohne Unterschied, ob dieselbe eine gewöhnliche oder eine Sicherungshypothek oder eine vorgemerkte Hypothek ist. Zustimmend Turnau-Förster I 926, Goldmann-Lilienthal I 455 Anm. 1, Puntschart, Grundschuldsbegriff 105 Nr. 1, Fuchs I 713 Anm. 2, Planck, § 416 Note 3. Brettner, Gruchots Beitr. **42** 794 Nr. 5, 795 will den § 416 auch auf die Uebernahme von Grund- und Rentenschulden beziehen. Turnau-Förster a. a. O. widerlegt seine Ansicht durch den Hinweis auf § 1192 BGB. und § 53 ZwVG. Ebenso auch Kah a. a. O. 345 ff.

8. Horn a. a. O. 73 ff.: Dernburg's Ansicht (Bürgerl. Recht II § 159), daß, wenn der Erwerb des Grundstücks, insbesondere dessen Auflassung nichtig war oder in Folge einer Anfechtung vernichtet wird, die Schuldübernahme ihre Kraft verliert, wird bekämpft. Wäre es richtig, daß, wie Kipp, Cosack und Dernburg annehmen, der Gläubiger die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Grundstückserwerbes, der Auflassung, des der Schuldübernahme zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses, des Schuldübernahmevertrags selbst, der Mittheilung und der Genehmigung über sich ergehen lassen müßte, so könnte ihm nur gerathen werden, den beiden Kontrahenten mit ihrem „Sukzessionsvertrag“ die Thür zu weisen. Wenn irgendwo, so muß hier die abstrakte Natur des geschlossenen Vertrags betont werden, und man darf sich auch nicht scheuen, die strengsten Konsequenzen daraus zu ziehen.

9. a) Oberneck, § 140 Ziff. 2, Turnau-Förster I 916, Anm. 10 a. E. lehren, daß die Uebernahme in die persönliche Schuldverbindlichkeit des Veräußerers nur insoweit eintrete, daß Zahlungsverpflichtungen und Nebenmodalitäten nur in den durch die Eintragung gezogenen Grenzen übernommen werden. Gegen diese Einschränkung erklärt sich Fuchs I 718 f.

b) Oberneck § 138 Nr. 2 (600) hält die Schuldübernahme nicht für eintragungsfähig, weil der Inhalt ein reines Schuldverhältniß ist. Zustimmend Sieger, Württ. ZFrG. **01** 81: Welche Aufgaben erwachsen dem Grundbuchbeamten aus der Bestimmung des § 416 BGB.?

10. Uebergangsfrage.

Die herrschende Meinung (Habicht 238 Anm. 1, Riedner 334, Oberneck § 138 Nr. 4 (598 f.), Dernburg II 363 Anm. 3, Turnau-Förster I 929 Nr. 15, Fuchs I 720 Anm. 22) unterscheidet für Preußen hinsichtlich der Anwendung des neuen Rechtes auf eine unter dem früheren Rechte entstandene Schuldübernahme, ob die Auflassung vor dem Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts erfolgt ist oder nach diesem Zeitpunkte. Im ersteren Falle ist § 41 pr. EEG anzuwenden, da Auflassung und Eintragung nach früherem preußischen Rechte einen einheitlichen Akt bilden. Abweichend ist die Ansicht von Scherer, JW. **00** 504 ff.

§ 417. 1. Kah a. a. O. 340. Aus der Zulässigkeit der Einwendungen gegen die Schuld ergiebt sich, daß in der Uebernahme selbst ein verpflichtendes Anerkenntniß der Schuld oder ein besonderes obligatorisches Versprechen des Uebernehmers gegenüber dem Gläubiger nicht liegt.

2. a) Kah a. a. O. Eine dem bisherigen Schuldner zustehende Forderung kann der Uebernehmer nicht zur Aufrechnung bringen. Dagegen kann er, wenn der Schuldner die Aufrechnungserklärung vor der Uebernahme gegenüber dem Gläubiger schon abgegeben hatte, diesem die daraus sich ergebende Einwendung entgegenhalten.

Tränkner a. a. O. 604. § 417 Abs. 1 Satz 2 folgt aus dem Prinzipe der Sondernachfolge und der juristischen Natur der Aufrechnung (§§ 367, 388). Durch die Sondernachfolge in die Schuld vollzieht sich noch keine Sondernachfolge in die Gegenforderung des bisherigen Schuldners. Nur auf einen von dem Gläubiger und dem alten Schuldner vor der Schuldübernahme abgeschlossenen Aufrechnungsvertrag, durch den die Aufrechnung bereits vereinbart worden ist, könnte sich der Uebernehmer berufen.

b) Der Uebernehmer kann gegenüber dem Gläubiger die Aufhebung der Forderung durch Aufrechnung seitens des Erstschuldners geltend machen; ein zwischen dem Gläubiger und dem Erstschuldner in Sachen der Aufrechnung ergangenes Urtheil äußert dann aber seine Rechtskraftwirkung auch im Streite zwischen Gläubiger und Uebernehmer. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft 457.

3. a) Der Schuldübernahmevertrag charakterisirt sich wie die Abtretung als ein dinglicher Vertrag im weiteren Sinne, als ein abstraktes Rechtsgeschäft. Ist die Schuldübernahme selbst wirksam erfolgt, so kann der Schuldübernehmer aus der mangelhaften oder unterbliebenen Erfüllung des Rechtsgeschäfts, worauf sie beruht, dem Gläubiger, dessen Forderung übernommen wurde, keinen Einwand entgegensetzen. Hat also der Verkäufer eines Grundstücks den Kaufvertrag nicht erfüllt oder mangelhaft geleistet, tritt deshalb Käufer nach Maßgabe der §§ 325, 326 oder §§ 462, 467 zurück, so interessirt dies den Hypothekengläubiger, dessen Forderung der Käufer übernommen hatte (§ 416), nicht, da dieser ihm verhaftet bleibt. Bendix, Privatr. 330, 333, 334 und in KGBl. **01** 92.

Das veranlassende und nach § 417 gegenüber dem Drittgläubiger irrelevante Rechtsverhältniß ist ein einheitlicher, für alle Fälle gleicher Begriff. Die Vereinbarung zwischen dem Urschuldner und Uebernehmer ist nicht die Schuldübernahme im Sinne des § 417 (Schuldsukzessionsvertrag), sondern jenes nach § 417 Abs. 2 irrelevante Kausalverhältniß; seine Nichtigkeit (auch in Folge Anfechtung) hat dem Drittgläubiger gegenüber nur Bedeutung, wenn der **Urschuldner** die Mittheilung gemacht hat und nur insofern, als ihm dann die Vollmacht zum Abschlusse des Schuldsukzessionsvertrags (zu der „Mittheilung") fehlt. Hellwig, Verträge 170, 174.

Horn a. a. O. 71 ff. Aus der **Nichtigkeit** oder Anfechtbarkeit des Kausalgeschäfts können keine Einwendungen gegen den Gläubiger abgeleitet werden, obwohl das Gesetz nur von der letzteren spricht. Kipps Einwendung, daß das Gesetz wie im § 409 eine ausdrückliche Bestimmung hätte enthalten müssen, ist nicht ausreichend: Das Gesetz braucht sich über die Wirkungen eines abstrakten Vertrags nicht auszusprechen. (A. M. auch Cosack und Dernburg, s. Horn a. a. O. 72). Der Uebernehmer kann sich in allen Fällen nur an seinen Kontrahenten, den früheren Schuldner, halten. War die übernommene Schuld nichtig, so stellen sich die Rechte des Veräußerers gegen den Erwerber aus dem Kaufgeschäfte wieder her (actio venditi oder condictio sine causa).

Die gesetzliche Schuldübernahme ist der Anfechtung wegen Willensmängel des ihr zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts nach § 417 Abs. 2 entzogen, weil sie gar nicht auf den Willen der Kontrahenten zurückzuführen ist. LG. Berlin I, R. **00** 460 Nr. 484.

b) Einwendungen aus dem dinglichen Vertrag, insbesondere Ungültigkeit des Vertrags, muß sich der Gläubiger gefallen lassen (Tränkner a. a. O. 604).

4. Kah a. a. O. 341 ff.: Der Abs. 2 muß den Uebernehmer unter Umständen zur Vorsicht mahnen. Da nämlich auch der Schuldner dem Gläubiger sofort die Uebernahme zur Genehmigung mittheilen und dieser sie sofort genehmigen kann, so besteht die Gefahr, daß die Haftung des Gläubigers gegenüber dem Uebernehmer fest wird, ohne daß er ihm die exceptio non adimpleti contractus aus dem Kausalgeschäfte mit dem Schuldner entgegensetzen könnte. Deshalb empfiehlt es sich, da der Gläubiger den Schuldübernahmevertrag nur so genehmigen kann, wie er zwischen Schuldner und Uebernehmer geschlossen ist, daß dieser sich durch eine Klausel im Vertrage sichere, welche es dem Schuldner untersagt, dem Gläubiger Mittheilung von der Uebernahme zu machen, bevor er selbst die von ihm dem Uebernehmer geschuldete fällige Leistung bewirkt hat.

Fehlt dagegen eine derartige Beschränkung, so kann der Gläubiger auch bei Kenntniß der Verpflichtungen des Schuldners durch seine Genehmigung die Einwendungen aus dem Kausalgeschäft ausschließen.

Gleiches gilt beim obligatorischen Vorkaufsrecht bezüglich des Dritten.

§ 418. 1. Tränkner a. a. O. 602 bezweifelt, daß der die Schuldübernahme genehmigende Gläubiger damit in die Lösung des Zusammenhanges zwischen Forderung und Gegenforderung willige, also auf sein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 verzichte. Dies soll höchstens von dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht aus HGB. §§ 369 ff. gelten.

2. Tränkner a. a. O. 603. Eine Einwilligung nach Abs. 1 Satz 3 muß dann angenommen werden, wenn der Uebernehmer zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits Eigenthümer des Pfandgrundstücks ist, oder wenn er das belastete Grundstück nach § 416 von dem Schuldner erwirbt. In diesen Fällen würde der Uebernahmevertrag gar keinen praktischen Werth haben, wenn nicht die Hypothek bestehen bleiben sollte; auch kann sich keine der Parteien auf die rechtliche Stellung eines Bürgen berufen. Würden jedoch im Falle des § 416 für die Forderung

noch weitere Pfandrechte bestehen, so würde auf sie § 418 Abs. 1 Satz 2 Anwendung finden, wenn nicht die Eigenthümer der betreffenden Pfandgrundstücke ausdrücklich in die Schuldübernahme willigen würden. Es würde also Verzicht des Gläubigers auf die Hypotheken anzunehmen sein und diese selbst würden Eigenthümerhypotheken werden. Ebenso, wenn die Uebernahme nach § 414 vereinbart worden wäre. Hier würde es dem Vertragszwecke nicht entsprechen, wollte man den Schuldner persönlich aus dem Schuldverbande ausscheiden, seine Sache aber dem Gläubiger forthaften lassen.

3. Kah a. a. O. paraphrasirt die Bestimmung. Mit Absatz 2 sei die nach § 54 KO. für den Fall des Konkurses offen gelassene Frage über den Einfluß einer Schuldübernahme bezüglich des Vorzugsrechts beantwortet. Die Natur der die Rangordnung der Gläubiger bestimmenden Rechtsnormen sei eine zwingende, weshalb durch Schuldübernahme nicht Ansprüche, deren Entstehung mit den persönlichen und wirthschaftlichen Verhältnissen des Gemeinschuldners nicht zusammenhängen, als bevorrechtete qualifizirt werden können.

4. Die Wirkung der Schuldübernahme legt Wolff, Komment. (2.) Anm. 42 § 91 ZVG. gegen Jäckel Anm. 7 auch der vom Ersteher in der Zwangsversteigerung mit dem Hypothekengläubiger getroffenen Vereinbarung über das Bestehenbleiben einer Post bei.

§ 419. 1. a) Linsmayer, Grund und Umfang der Haftung wegen Benachtheiligung des Gläubigers (1902) führt aus: Die Folge dieser Vorschrift ist, daß auf den Uebernehmer des Vermögens die Schulden unter beschränkter Haftung desselben übergehen.

Eine Universalsukzession im Sinne der herrschenden Meinung ist dieser Rechtsvorgang nicht, weil nicht auch die Aktiva in einem Rechtsakt auf den Erwerber übergehen. Dazu Linsmayer 88.

Von der Schuldübernahme, welche abstrakt ist (§ 417 Abs. 2) unterscheidet sich dieser gesetzliche Schuldübergang. Er ist offenbar überflüssig und unmöglich, wenn der Uebernahmevertrag nichtig ist, er wird hinfällig, wenn der Vertrag anfechtbar und angefochten ist, wenn ein rechtswirksamer Rücktritt von demselben erfolgte oder wenn das Vermögen zurückübertragen ist, und wirkt nicht, soweit dem Uebernehmer die Einrede des nichterfüllten Vertrags zusteht.

b) § 419 statuirt keine Gesammtnachfolge. Hellwig, Rechtskraft 206. „Vermögen" bedeutet die Gesammtheit der einer Person zustehenden Vermögensrechte. Die Schulden sind nicht etwa Bestandtheile des Vermögens, sondern sie bilden eine Belastung, welche auf dem Vermögen ruht, Hellwig, a. a. O. 310. Während der Erwerb der Rechte sich nur nach den Grundsätzen der Singularsukzession vollziehen kann, tritt die Schuldenhaftung mit einem Male als Folge des obligatorischen Veräußerungsvertrags ein a. a. O. 313, 314. Der Uebernehmer haftet aus der Urschuld; der Uebernahmevertrag ist der Grund, aus dem er in jene Schuld als Schuldner eintritt 314.

c) Die gesetzliche Wirkung des § 419 repräsentirt nach Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte 312 keinen Fall der Stellvertretung.

2. Kah a. a. O. 349 ff. weist auf die §§ 1086, 311, 2371—2385 hin und erörtert die Vorgeschichte.

Durch die Herausgabe des Vermögens wird im Verhältnisse des Uebernehmers zu dem Gläubiger die Absonderung des Vermögens aus der Uebernahme von dem eigenen Vermögen des Uebernehmers ebenso herbeigeführt, wie dies bei der Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Konkurses allen Gläubigern gegenüber der Fall ist. S. auch §§ 1900 Abs. 2, 1256, 2377, — im Gegensatz zu §§ 1976, — 1978, 1979.

3. Anwendungsgebiet des § 419.

a) Die Vorschrift enthält ein weittragendes Prinzip, welches sich in dem BGB. in mannigfacher anderweiter Anwendung (vgl. §§ 45, 1459, 1460, 1549, 1483 ff., 1489, 1086—1089, namentlich auch in Beziehung auf Sondervermögen (§§ 2382, 2385, 727, 738) findet und für die Erklärung der handelsrechtlichen Grundsätze über die Geschäftsübernahme (HGB. §§ 25—28, 130, 303—306, 504) zu verwerthen ist. Hellwig, Verträge 390—413.

b) Linsmayer a. a. O. Gleiches wie oben unter 1 a muß von anderen gesetzlichen Schuldübergängen gelten.

So vom Uebergang der Schulden der Frau, welche vor Entstehung des ehemännlichen Nießbrauchrechts begründet waren, auf den Mann unter beschränkter Haftung desselben mit seinem Nießbrauchrechte. 61, 62.

Ferner vom Uebergang der nicht berichtigten Gesammtgutsverbindlichkeiten auf Ehegatten oder Abkömmlinge unter Beschränkung der Haftung derselben auf die ihnen bei der Auseinandersetzung zugetheilten Gesammtgutsgegenstände (§ 1480 BGB.). 78. Die Haftung besteht also nicht bei Nichtigkeit und nach Anfechtung des Auseinandersetzungsvertrags, nicht nach Rücktritt von demselben.

Das Gleiche gilt von dem Uebergange der Schulden auf den Erben. Er erfolgt nicht, wenn die Annahme der Erbschaft nichtig ist; auch wird er hinfällig, wenn die Annahme anfechtbar und angefochten ist. 80.

Durch die Nichtigkeit der anfechtbaren Rechtshandlung ist gleichfalls regelmäßig die beschränkte Haftung des betheiligten Dritten wegen Benachtheiligung der Gläubiger überflüssig und unmöglich. Sie entfällt, wenn die anfechtbare Rechtshandlung wegen Irrthum, Täuschung oder Drohung anfechtbar und angefochten ist, sowie wenn ein Rücktritt erfolgte bezw. die anfechtbar erworbenen Gegenstände zurückgegeben wurden. 90, auch 89 Note 1.

c) § 419 ist analog anzuwenden, wenn ein ganzes Vermögen einer erst zu genehmigenden Stiftung durch Verfügung unter Lebenden zugesichert wird, ferner, wenn in einen nicht rechtsfähigen Verein ein neues Mitglied aufgenommen wird, endlich auch bei der kaufmännischen Geschäftsübernahme Hellwig, Rechtskraft. (314—315).

d) § 419 ist auch in dem Falle zur Anwendung zu bringen, wenn bei der Vertheilung des Gesellschaftsvermögens nach Auflösung der Gesellschaft Gesellschaftsgläubiger übergangen sind, denen nur das Gesellschaftsvermögen haftete. Die Vertheilung eines Vermögens steht der Uebertragung auf einen anderen gleich. Knoke, Gesellschaft 123.

4. Ist die Haftung des Beklagten auf den Bestand eines bestimmten Vermögens beschränkt, so muß der Beklagte beweisen, daß das Vermögen nicht ausreiche; so im BGB. §§ 419, 1417, 1441, 1973[1], 1975, 1990. Rosenberg, Beweislast 137.

5. Behält sich der Verkäufer einzelne Vermögensstücke vor, so schließt dies die Vermögensübernahme i. S. des § 419 nicht aus. Nicht erforderlich ist ferner, daß die Willensmeinung der Parteien dahin gehe, daß ein Vermögen als Ganzes, d. h. als Inbegriff von Sachen, Rechten, Forderungen und Schulden übertragen werden solle, es genügt, wenn thatsächlich das Aktivvermögen übertragen wurde. OLG. Darmst., HessRechtspr. 02 129.

6. Der Fall des § 419 liegt nicht vor, wenn ein Einzelkaufmann sein Handelsgeschäft auf einen anderen überträgt. **RG.** R. 02 19 Nr. 24.

Sechster Abschnitt.

Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

§ 420. 1. a) Steht eine Antheilsgeldforderung den beiden Alteltern gemeinschaftlich zu, so ist, wenn ein Gläubiger eines der Beiden Pfändung beantragt, die Hälfte der Forderung zu pfänden. OLG. Braunschw., R. **02** 587.

b) Schulden mehrere Auftraggeber dem Rechtsanwalte Gebühren für dieselbe Thätigkeit, so sind sie — trotz Theilbarkeit der Geldschuld — nicht Schuldner zu gleichen Theilen, sondern nach der, den § 420 BGB. ergänzenden Bestimmung des § 3 GO. f. RA. Gesammtschuldner. Joachim, GO. f RA. 57.

2. Will der Schuldner nur theilweise leisten, weil noch andere Gläubiger antheilsweise berechtigt oder noch andere Schuldner antheilsweise verpflichtet seien, so liegt der Beweis dem Schuldner ob. Rosenberg, Beweislast 149.

§ 421. 1. Das BGB. kennt keine Korrealobligationen, sondern ausschließlich ein einheitlich normirtes Gesammtschuldverhältniß, welches wie die römische Solidarität auf der Identität der von Mehreren oder Mehreren geschuldeten Leistung beruht. Auch die angebliche unvollkommene Solidarität ist ihm fremd. Binder, die Korrealobligationen im römischen und heutigen Rechte (1899) 583 ff.; abw. Oertmann, Kommentar 141 Bem. 5c. Aus § 421 in Verbindung mit § 241 ergiebt sich, daß das Gesammtschuldverhältniß aus einer Mehrheit von Obligationen besteht. Binder 584 gegen Schott, die Zession von Korrealobligationen (Diss. Breslau 1897) 76 ff.

2. Werden mehrere Beklagte zur Zahlung einer Geldsumme verurtheilt, so braucht ihre Haftung als Gesammtschuldner nicht besonders ausgesprochen zu werden; diese versteht sich von selbst. Marwitz, Urtheil 115.

3. Wenn beim Vorliegen einer „Anwalts-Societät“ (vgl. zu § 705) nur einer der verbundenen Anwälte die Vertretung übernimmt, die Vollmacht aber auf den Namen beider Rechtsanwälte ausgestellt wird, so liegt hierin die stillschweigende Verpflichtung der Rechtsanwälte, daß einer oder der andere von ihnen die Vertretung besorgt. Ein „Gesammtschuldverhältniß“ liegt hier allerdings nicht vor, weil nicht der Gläubiger (Dienstberechtigte) „nach seinem Belieben“, sondern die schuldnerischen Anwälte nach ihrem Belieben bestimmen, wer von ihnen die Erfüllung besorgt. Josef, Gruchots Beitr. **44** 424.

§ 422. 1. Bei Gesammtschuldverhältnissen gilt bezüglich der Erfüllungshandlungen jeder Schuldner als Vertreter der anderen Schuldner und jeder Gläubiger als Vertreter der anderen Gläubiger. Ebbecke, Grundsätze 91 u. 92.

2. Die §§ 422—427 gelten für Gesammtschuldner, gleichviel ob sie primär oder subsidiär neben einander und ob einzelne unbeschränkt, andere beschränkt haften. Darum wirkt der Verzicht auf die Gesammthaftung des Uebernehmers eines Vermögens nach § 419 oder auf das Anfechtungsrecht, das eine subsidiäre beschränkte Gesammthaftung des Anfechtungsgegners bewirkt, zu Gunsten des Schuldners, wenn anzunehmen ist, daß das ganze Schuldverhältniß aufgehoben werden sollte. Darum ist das Anfechtungsrecht ohne die Forderung nicht übertragbar und nicht pfändbar, so wenig wie die Forderung gegen einen von mehreren Gesammtschuldnern ohne die gegen die anderen. Linsmayer a. a. O.

3. Kremer, Die Mitbürgschaft (s. unten zu § 426 Ziff. 3) 77 ff.: Die Veränderungen der Hauptschuld haben nicht unbedingt nothwendig für alle Mitbürgerverbindlichkeiten eine gleiche Entwickelung zur Folge; letztere können sich auch nachträglich verschieden entwickeln 81.

Bezüglich der für eine Mitbürgenverbindlichkeit eintretenden Thatsachen ist Einzelwirkung die Regel; ausnahmsweise tritt Gesammtwirkung ein. 82 ff. Hier unterscheidet Kremer begrifflich folgende theoretisch-konstruktionelle Kategorien:

a) Die scheinbare Gesammtwirkung. (Näheres 89 ff.)
b) Die nur vereinbarte Gesammtwirkung. (Näheres 92—94.)
c) Die eigentliche gesetzliche, nothwendige Gesammtwirkung, welche allein das rechtsbegriffliche besondere Merkmal der Gesammtschuld darstellt. Der nur für eine Verbindlichkeit eingetretene, an sich zunächst also auch nur für diese wirkende Thatbestand führt — übergreifend — eine Fortentwickelung auch der anderen Verbindlichkeiten herbei. Gesammtwirkend in diesem Sinne sind nur die Akte materieller und formeller Befriedigung und der Annahmeverzug. (95 ff.)

Die materiellen Akte sind zufolge § 769 in Verbindung mit §§ 421, 422 BGB. bei der Mitbürgschaft gesammtwirkend ganz unabhängig von ihrem Einfluß auf die Hauptschuld. (96.) Nach positiver Rechtsvorschrift tilgt, trotzdem ja theoretisch und praktisch eine dem einen Schuldner gestattete Theilleistung noch nicht auch den anderen gestattet, also für diese auch nicht befreiend zu sein brauchte, auch eine theilweise Befriedigung aller Verbindlichkeiten, so daß nicht etwa jeder auf das Ganze, bis der letzte Heller bezahlt ist, theilweise haftet. Die Bestimmung, daß im Konkurs eines jeden Gesammtschuldners der zur Eröffnungszeit rückständig gewesene Betrag liquidirt werden kann (KO. § 68), ist eine theoretisch und praktisch gleich verfehlte halbe Maßregel; sie verhindert nur für den Fall gleichzeitigen, nicht aber des sukzessiven Konkurses aller einen Ausfall des Gläubigers dann, wenn alle Massen zusammen mehr als 100 % ergäben, stellt danach ungerechtfertigter Weise für beide Fälle den Gläubiger ungleich, so daß derselbe ein Interesse daran hat, daß bei zweifelhafter Solvenz gleich alle in Konkurs gerathen. (97—98.)

4. a) **RG. JW. 02** Beil. 282 läßt es dahingestellt, ob der Grundsatz des § 422 Abs. 1 ohne Weiteres auch auf das vielfach eigenthümlich geregelte Solidarschuldverhältniß der Wechselverpflichteten Anwendung zu finden hätte.

b) Es ist daran festzuhalten, daß bei mehreren Ausstellern eines eigenen Wechsels einer von ihnen durch Einlösung (sei es vor oder nach Verfall) Wechselrechte gegen die anderen Aussteller erwirbt, sofern er nicht solvendi, sondern emendi causa eingelöst hat, wofür unter Anderem auch ein Indossament in üblicher Form Beweis liefern kann. § 422 steht nicht entgegen; denn der Kauf der Wechselforderung ist nicht Erfüllung der Wechselschuld. Nach § 425 Abs. 2 aber bleibt die Verbindlichkeit der übrigen Wechselschuldner an sich bestehen. Auch im vorliegenden Falle wird durch das Indossament an die Klägerin bewiesen, daß sie den Wechsel nicht objektiv getilgt, sondern gegen Zahlung der Wechselsumme zu Eigenthum erworben hat. An sich ist sie daher nach Art. 36 WO. legitimirt, die Wechselrechte gegen Mitaussteller und Wechselbürgen geltend zu machen. Allein das Verhältniß mehrerer Wechselverpflichteten, welche an derselben Wechselstelle gezeichnet haben, unter einander bestimmt sich nach Civilrecht, und zwar nach § 426 für mehrere Aussteller, nach § 774 Abs. 2 für mehrere Wechselbürgen, dagegen hat der Aussteller gegen seinen eigenen Bürgen überhaupt keinen Anspruch (§ 765). **RG. 52** 222 ff.

5. Werden Kuxe gemäß § 130 preuß. Allg. Berggef. unter Ueberreichung der Kuxscheine behufs Befriedigung der Gewerkschaft wegen der darauf haftenden Zubußen zur Verfügung gestellt, so ist hierin eine Erfüllung der Schuldverbindlichkeit zu erblicken, welche nach § 422 auch den früheren Eigenthümer der Kuxe von der ihm nach § 107 des Berggef. der Gewerkschaft gegenüber etwa verbliebenen Verbindlichkeit befreit. **RG. 51** 73 ff., JW. **02** Beil. 230 (s. auch oben zu § 364 u. 3b).

§ 423. Engel, Der Vergleich im passiven Gesammtschuldverhältnisse (Greifsw. Diss. 1900) hält, da es auch für das BGB. an einer ausdrücklichen

Entscheidung fehle, die für das gemeine Recht gewonnenen Ergebnisse für maßgebend (40). Er hält den Vergleich, der keine Judikatsnatur habe, so daß auch das absolutorische Urtheil nicht für alle Gesammtschuldner wirke (20), nicht für ein Ganzes, sondern für ein hauptsächlich aus Anerkenntniß und Erlaß bestehendes Kompositum. 21 ff. untersucht er deshalb die Wirkungen des von einem Mitschuldner dem gemeinsamen Gläubiger gegenüber erklärten und von diesem angenommenen Schuldanerkenntnisses und den mit einem Gesammtschuldner vereinbarten Schulderlaß.

Was das erstere anlangt (§ 4 a. a. O.), so ist allein der Parteiwille heute entscheidend. Im Zweifel kann der gemeinsame Gläubiger sich immer noch an die anderen Schuldner halten (24). Da aber Erlaß und Schuldanerkenntniß im Vergleich eng und unlöslich mit einander verbunden sind, so kommt alles auf die Frage der Wirkungen des Erlasses für die Gesammtgläubiger an (24 ff., §§ 5—8). Nach einem geschichtlichen Rückblick, Erörterung der acceptilatio und des pactum de non petendo im passiven Gesammtschuldverhältnisse (§§ 5—7), kommt er (37) zu dem Ergebnis, auf den modernen Erlaßvertrag im Wesentlichen die Grundsätze des pactum de non petendo anzuwenden, und zu folgenden Sätzen (39/40): Der Wille der Parteien ist das Entscheidende. Sind mehrere Solidarschuldner — gleichgültig, ob Korreal- oder Solidarschuldner im engeren Sinne, — an ihm betheiligt, so entscheidet gleichfalls dieser Wille, vornehmlich allerdings der des Gläubigers. — Ist der Parteiwille nicht klar ersichtlich, so ist im Zweifel Gesammtbefreiung wegen der Gegenseitigkeit der Leistungen anzunehmen. Auch ist bei der Interpretationsfrage das Regreßmoment beachtlich. Hat die Interpretation kein sicheres Ergebniß, so muß man sich für die durchgreifende Regel — im Zweifel für die Gesammtwirkung des Erlasses — aussprechen, denn der Verzicht auf das Forderungsrecht lautet allgemein, der Gläubiger hätte sich vorsehen können. Ein etwaiger Schaden trifft ihn, denn ihn trifft die Schuld.

Hiermit stimmen nach Engel auch die Motive II zu § 332 (165/166) überein (41).

Stolze, Zur Lehre von den untheilbaren Obligationen nach dem BGB. (Götting. Diss. 1900) 49 ff. Bezüglich des im § 425 nicht erwähnten Vergleichs hat zu gelten, daß, wenn der Vergleich einen Erlaß oder eine andere Art der Erfüllung enthält, die Bestimmungen der §§ 422, 423 Platz greifen sollen, im anderen Falle dagegen der Vergleich dem im § 425 genannten rechtskräftigen Urtheile gleichsteht.

§ 424. Kremer a. a. O. Was den Annahmeverzug angeht, so ist die hier streitige Frage, ob der Gläubiger zur Beendigung seines Verzugs allen oder nur einem Gesammtschuldner gegenüber nachträglich sich annahmebereit erklären, resp. die erfüllungsermöglichende Handlung nachholen muß, dahin zu beantworten, daß solcher Akt (nachträgliche Erklärung der Annahmebereitschaft), je nachdem er gegenüber dem Schuldner, gegen welchen der Gläubiger in Annahmeverzug gekommen, (also als eigentliche purgatio morae) oder gegenüber einem der übrigen Schuldner erfolgt, gesammt- oder — wenigstens — (nach der Hauptregel) einzelwirkend ist. (Gründe 83—85, 101—102.)

Vgl. Rosenberg, Jherings J. 43 169 (siehe auch oben Ziff. 2 zu § 267). Zur Beendigung des Annahmeverzugs genügt es, daß der Gläubiger die von ihm erforderten Handlungen und Erklärungen gegenüber einem der Gesammtschuldner abgiebt. Rosenberg a. a. O. 296 ff.

§ 425. 1. Kah a. a. O. 341. Der zwischen einem Gesammtschuldner und dem Schuldübernehmer nach § 415 geschlossene Schuldübernahmevertrag läßt das Gläubigerrecht gegen die übrigen Gesammtschuldner an sich unberührt. Genehmigt hingegen der Gläubiger die Schuldübernahme in dem Sinne, daß der

Uebernehmer an die Stelle aller Gesammtschuldner trete (Thatfrage!), so liegt ein Erlaß der Schuld für die übrigen, wirksam nach § 423, vor.

2. Binder a. a. O. 572 ff. Während der I. Entwurf bei dem Gesammtschuldverhältnisse nur der Erfüllung und ihren Surrogaten Gesammtwirkung beilegt, läßt § 425 Abs. 1 die Gesammtwirkung anderer Thatbestände insoweit zu, als sich dies aus dem Schuldverhältniß ergiebt. Binder verweist auf die Aehnlichkeit des § 425 Abs. 1 mit dem Art. 166 Abs. 2 des schweizerischen Obligationsrechts (Binder 527, 535), welcher die „Natur der Verbindlichkeit" entscheiden läßt. So wenig wie dieser Artikel, beruht § 425 Abs. 1 auf dem Unterschiede von Korreal- und Solidarobligationen (gegen Schott 73 ff.). Es handelt sich dabei nicht um Arten von Gesammtschuldverhältnissen, sondern um das einzelne konkrete Schuldverhältniß, um die konkrete Beziehung der Gesammtschuldner zu einander. § 425 ist insofern von geringer Bedeutung, als nur Kündigung und Konfusion für die Mitschuldner erheblich werden können. Ueber Rechtskraft und Rechtshängigkeit Binder 575 ff.: das Urtheil und die Rechtshängigkeit können nie Gesammtwirkung haben. Abw. Oertmann, Kommentar zu § 425 Bem. 1g u. 2; Schott 85. Eine andere Frage ist es, ob der verurtheilte Mitschuldner, welcher die Regreßklage gegen die übrigen Gesammtschuldner erhebt, sich auf die Rechtskraft des ihn als Gesammtschuldner verurtheilenden Erkenntnisses berufen kann; bez. der Wirkung des Verschuldens: Binder 581. Ueber Zession und Schuldübernahme bei Gesammtschuldverhältnissen Binder 592.

3. Die Vorschrift des § 425 findet auch Anwendung auf „Anwalts-Sozietäten" (vgl. zu § 705), Bestellung mehrerer Generalbevollmächtigter, mehrerer Gutsverwalter u. s. w. Der Wegfall der Verpflichtung des einen hat also den Wegfall derer des anderen nicht zur Folge, für Versehen des einen haftet nicht der andere. Josef, Gruchots Beitr. **44** 435.

4. § 425 bleibt, soweit die Rechtskraft in Frage kommt, außer Betracht, wenn das Gesammtschuldverhältniß aus dem Einzelschuldverhältnisse nach Beginn der Rechtshängigkeit entstanden ist. Hellwig, Rechtskraft 322.

5. Wenn der Käufer eines Grundstücks eine darauf ruhende Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis als eigene Schuld übernommen hat, eine Mittheilung von dieser Schuldübernahme an den Hypothekengläubiger aber nicht erfolgt ist, so tritt durch die dem neuen Eigenthümer gegenüber erfolgte Kündigung nicht ohne Weiteres auch die Fälligkeit der persönlichen Forderung gegen den ursprünglichen Schuldner ein. RG. Schlesw.Holst.A. **01** 198, R. **01** 434 Nr. 1076.

Abs. 2. 6. Die Unmöglichkeit bei Gesammtschulden kann verschiedenartige Wirkungen äußern, je nachdem sie in der Person eines einzelnen oder aller Genossen vorliegt, je nachdem sie zufällig oder von einem oder von allen Genossen zu vertreten ist, Kisch, Unmöglichkeit 208 f. Bei gegenseitigen Verträgen erleiden vielfach mit Rücksicht auf die Solidarität oder Untheilbarkeit der Leistung und Gegenleistung die §§ 323, 324, 325 BGB. Modifikationen, Kisch a. a. O. 243 f.

7. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft 440. Der Mitschuldner prozessirt in der Regel nicht de iure eines anderen Mitschuldners (Stammler, Einrede a. d. Recht e. Dritten, Festgabe d. Univ. Halle für Dernburg (1900) 134), deshalb berührt ihn in der Regel die Rechtskraft der Urtheile zwischen dem Gläubiger und anderen Mitschuldnern nicht. Anders, wenn sich aus der materiell-rechtlichen Lage des Gesammtschuldverhältnisses ein anderes, nämlich die Möglichkeit ergiebt, daß der eine Mitschuldner über das zwischen dem Gläubiger und einem anderen Mitschuldner bestehende Recht mit dem Gläubiger streitet. Solchenfalls äußert ein Urtheil zwischen dem Gläubiger und jenem

anderen Mitschuldner seine Rechtskraftwirkung gegenüber dem jetzt prozessirenden Mitschuldner. Mendelssohn=Bartholdy a. a. O. 443 ff. mit Beispielen.

§ 426. 1. Der Gesammtschuldner hat nur einen einheitlichen Regreß=anspruch, welcher unmittelbar auf Gesetz beruht, mithin keine actio utilis ist. § 426 Abs. 2 soll nur die Art und den Umfang des Gesetzanspruchs bezeichnen (Haftung der Bürgen und Pfänder auch für den Regreßanspruch: Oertmann Bem. 4b zu § 426). Dagegen nehmen Planck, Kommentar II Bem. 3 zu § 426 und Oertmann a. a. O. einen doppelten Regreß an, einerseits auf Grund der in Abs. 1 statuirten Ausgleichungspflicht und andererseits auf Grund der in Abs. 2 vorgesehenen „cessio legis". Konsequenz der letzteren Absicht wäre, wie Hruza, SächsA. 5 97 auch annimmt, daß die Schuldner dem Mitschuldner, der Regreß nehmen würde, solidarisch verpflichtet wären. Dagegen Oertmann N. 4b Abs. 2.

2. Soweit ein Gesammtschuldner den Gläubiger befriedigt, erlischt dessen Anspruch auch gegen die übrigen correi; er geht aber nicht unter, sondern kraft Gesetzes (§ 412) auf jenen insoweit über, als er von seinen Mitschuldnern Ausgleichung fordern kann; auch wenn der befriedigte Gläubiger Zession seiner ganzen Forderung ertheilt, wird hierdurch der Regreß auf das Ganze nicht begründet, der Zessionar nicht berechtigt, den auf ihn selbst entfallenden Antheil von den übrigen Genossen zu beanspruchen (Entsch. d. preuß. Ob.Trib. 12 168). Wenn zwischen den correi ein die Ausgleichung rechtfertigendes besonderes Rechtsverhältniß besteht, so hat der Zessionar die Wahl aus diesem unmittelbar oder mit der actio cessa gegen die Genossen vorzugehen.

Der Forderungsübergang (cessio legis) kann nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden (RG. 3 183 ff.). Wird nur ein Theil der Forderung des Gläubigers getilgt, so verbleibt ihm deshalb das für dieselbe bestellte Pfandrecht in vollem Umfange (§§ 1222, 1223), dem Zessionar gebührt kein Vorrecht in der Reihenfolge der Befriedigung wegen des auf ihn übergegangenen Theilanspruchs, eine Regreßpflicht des Gläubigers besteht nicht; bricht über das Vermögen eines Gesammtschuldners Konkurs aus und wird der Gläubiger erst nach solcher Konkurseröffnung von einem correus theilweise befriedigt, so kann letzterer bis zur unverkürzten Tilgung des Gläubigeranspruchs (§ 68 Konk.Ordn.) wegen seiner Regreßforderung Konkursdividende nicht beanspruchen (RG. 14 172 ff.). Bendix, Privatr. 231, 232.

3. Kremer, Die Mitbürgschaft. (Mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesammtschuld.) Die Verbindlichkeit eines jeden von mehreren Mitbürgen ist als auf einem besonderen Vertrage beruhend anzusehen und daher eine besondere, von den anderen durchaus unterschiedene Verbindlichkeit, allerdings mit einem dem der übrigen gleichartigen Zweck (67—71). Als solidarische erlöschen alle Verbindlichkeiten durch materielle oder formelle Befriedigung einer einzigen; die Hauptschuld erlischt hierbei zugleich nur dann, wenn deren Tilgung mit vereinbart ist (71, 72).

Für die theoretische Konstruktion ergiebt sich hier ein anscheinender Widerspruch gegen §§ 774[1], 401, 412 und §§ 774[2], 769, 426[2], indem nach diesen Bestimmungen der Mitbürge, der den Gläubiger befriedigt, die Hauptschuldforderung und die Forderungen gegen die Mitbürgen erwerben soll, während wegen der Solidarhaftung der Mitbürgen nach §§ 769, 421, 422 begriffsgemäß doch mit Befriedigung einer Obligation die übrigen erlöschen sollten (72 ff.). Der Widerspruch ist zu lösen durch scharfe Unterscheidung zwischen zwei verschiedenen gleichzeitigen Rechtsvorgängen, die in jener sogen. „Befriedigung" normaler Weise enthalten sind, nämlich: einem Akte wirklicher Befriedigung, die der Bürge nur für die eigene Schuld wirksam vornimmt, und einem nur formell und äußerlich

als Befriedigung, materiell nach Wesen und Wirkungen aber fast einer kaufweisen Zession ähnlich sich darstellenden Akte, durch den der Bürge die Hauptschuldforderung und mit ihr die akzessorischen Forderungen gegen die Mitbürgen, außer der gegen ihn selbst, welche er tilgt, kraft Gesetzes erwirbt (72—76).

4. Aus der Praxis zu Abs. 2. a) Werden von mehreren als Gesammtschuldner schadensersatzpflichtigen Personen nur einzelne in Anspruch genommen, so erwerben diese nach § 426 Abs. 2 durch Befriedigung der geschädigten Partei deren Ansprüche gegen ihre Mitschuldigen, und zwar von selbst und ohne Hinzuthun der geschädigten Partei. Daneben besteht kein Anspruch auf Abtretung (anders im Falle des § 255). **RG.** SächsA. **12** 729.

b) OLG. **5** 333 (KG.). Nur soweit ein Ausgleichungsanspruch besteht, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf den Gesammtschuldner, der den Gläubiger befriedigt hat, über; der Gläubiger hat nicht das Recht, entgegen dieser Bestimmung ohne Rücksicht auf das Ausgleichungsverhältniß die gesammte Forderung dem ihn befriedigenden Gesammtschuldner zu übertragen, daher kann der zahlende Gesammtschuldner vollstreckbare Ausfertigung nicht in Höhe der ganzen Forderung verlangen (vgl. oben Ziff. 1).

c) § 426 Abs. 2 kommt auch zur Anwendung, wenn eine vor dem 1. 1. 00 entstandene Gesammtforderung nach dem 1. 1. 00 erfüllt wird. **RG.** JW. **01** 226.

§ 427. Kremer a. a. O. Das Ausgleichungsverhältniß des § 427 besteht — und zwar subsidiär: soweit nicht zwischen zwei Gesammtschuldnern etwa ein besonderes Rechtsverhältniß begründet ist (183) — schlechthin zwischen denjenigen Schuldnern, die sich dem Gläubiger solidarisch verpflichteten; infolge persönlichen Erlasses, resp. privativer Schuldübernahme findet weder ein Ausscheiden, noch ein Eintritt in dasselbe statt (175). Zu unterscheiden ist eine Pflicht, zur gesamten Schulderfüllung beizutragen, und eine solche, dem Mitschuldner, wenn er allein bereits erfüllt hat, verhältnißmäßigen Ersatz zu gewähren (175, 176).

Auszugleichen ist hierbei der wirkliche Aufwand (177). Kann voraussichtlich (181) oder konnte thatsächlich der Regreßnehmer ohne eigenes Verschulden die vollen Quoten von einem einzelnen Schuldner weder selbst, noch aus den für denselben etwa bestellten Pfändern, Bürgschaften erlangen (180), so vertheilt sich der Ausfall gleichmäßig auf alle übrigen, mit Einschluß natürlich des Regreßnehmers selbst (180). Die Antheile werden berechnet nach dem Zeitpunkte der Urtheilsfällung (183), aber nicht schon definitiv durch die Einklagung, ja nicht einmal durch Urtheil oder Anerkenntniß festgelegt, sondern können sich vielmehr auch durch spätere Umstände (Solvent- oder Insolventwerden einiger) noch immer verkleinern oder vergrößern (181, 182). Ein Bürge büßt den Regreßanspruch gegen den Mitbürgen thatsächlich ein, sofern er letzterem eine Sicherheit, aus der sich dieser befriedigen konnte, deshalb nicht verschaffen kann, weil jener (der Regreßnehmer) auf deren Erwerb s. Z. verzichtet hatte (184).

§ 428. Hellwig, Anspruch 191 ff. unterscheidet in abstracto als Arten der Gesammtgläubigerschaft:

a) Die gewöhnliche Gesammtgläubigerschaft liegt vor, wenn jeder Mitgläubiger die volle Verfügung über die Forderung hat und durch seine Verfügung über die konkurrirende Berechtigung seiner Genossen verfügt. Jeder Mitgläubiger ist Herr über die vom Standpunkte des Schuldners aus als einheitlich erscheinende Berechtigung. Trotzdem sind mehrere Forderungen vorhanden. Dies zeigt sich daran, daß jeder Gläubiger für sich Klage erheben kann, daß der Schuldner nicht einmal aus der Klage des Einen die Einrede der Rechtshängigkeit gegen den Anderen erhält und daß die Rechtskraft des Urtheils sich auf die Prozeßparteien beschränkt (§§ 429 III, 425 III). Klagepetitum und Verurtheilung müssen lauten auf Verurtheilung „an den Kläger oder einen seiner Mitgläubiger" („nach Belieben").

Nicht erforderlich ist, daß die Leistung dem Gläubiger auch in seiner Person gemacht wird. Es liegt auch Gesammtgläubigerschaft vor, wenn von mehreren als solidarischen Berechtigten Leistung an einen Dritten stipulirt wird. Deshalb will Hellwig, Anspruch 193, den Begriff der Gesammtgläubigerschaft auch auf das Verhältniß des Versprechensempfängers und des auf die Leistung Berechtigten anwenden.

b) Eine in einigen Beziehungen besonders geartete Mitgläubigerschaft tritt ein, wenn einem Besitzmittler der Besitz entzogen wird (§ 869), ferner, wenn eine Sache beschädigt und abhanden gebracht wird und in dem Anspruch auf Ersatz des Eigenthümerinteresses der Besitzer mit dem Eigenthümer deshalb konkurrirt, weil der erstere dem letzteren auf Ersatz des vollen Schadens haftet, endlich wenn die mehreren Personen und die Behörde die Vollziehung einer Auflage verlangen können (§ 2194, § 525 II).

Diesen Fällen ist gemeinsam, daß zwar jeder Mitberechtigte über sein Recht auf die ganze Leistung verfügen kann, daß er damit aber nur über seine Forderung disponirt und die des Mitgläubigers nur durch Herbeiführung der Erfüllung oder ihrer Surrogierung aufhebt (195). Dieser Ausschluß der Erlaßmöglichkeit wird stets anzunehmen sein, wo die Gesammtberechtigung kraft Gesetzes eintritt, ebenso der Grundsatz, daß Vereinigung einer Gesammtforderung mit der Schuld (§ 429 II) nicht zu dem Erlöschen der anderen Gesammtforderungen führt.

c) Auch Rechte des rechtlichen Könnens können in der Art der vollen Mitberechtigung konkurriren (vgl. BGB. § 2341, HGB. § 271; BGB. §§ 1495, 1496, HGB. § 133).

Das Recht der Mitberechtigten geht auf Herbeiführung desselben Rechtserfolges; jeder Genosse kann es selbständig ausüben. Der Erfolg des einen verwirklicht die Rechte der anderen. Verliert ein Konkurrent sein Recht, so scheidet er aus dem Kreise der Berechtigten aus.

Analog ist der Fall, wenn einer Konkursforderung von mehreren Seiten widersprochen ist. Der Anmeldende erreicht sein Ziel nur mit der Besiegung aller und kann es nur erreichen mit der Niederlage einem Widersprechenden gegenüber.

§ 429. 1. Abs. 1 enthält eine Abweichung des aktiven Gesammtschuldverhältnisses von den für das passive Gesammtschuldverhältniß gegebenen Regeln (Binder a. a. O. 588, Oertmann, Komm. zu § 429 Bem. 1 a), welche darauf beruht, daß der Schuldner an jeden beliebigen Gesammtgläubiger zahlen kann. Prot. I 442. § 429 Abs. 2 steht mit § 425 Abs. 2 in Widerspruch. Binder 586, Planck zu § 429, Stammler 260, Schwedler, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse (1897) 75 ff. Dieser Widerspruch erklärt sich nach Binder a. a. O. daraus, daß man bei § 429 Abs. 2 nur den Fall vor Augen gehabt hat, daß ein Gesammtgläubiger den gemeinsamen Schuldner beerbt; nicht den umgekehrten Fall. Darüber, daß der Gesichtspunkt der Zahlung an sich selbst nicht zutrifft, s. Schwedler 81, Binder 587 f., der hervorhebt, daß § 425 mit der Auffassung der Konfusion als Zahlung an sich selbst unvereinbar ist. Abw. Planck a. a. O.

2. Die Leistungsunmöglichkeit gegenüber einem einzelnen Gesammtgläubiger läßt die Ansprüche der übrigen grundsätzlich unberührt (Kisch, Unmöglichkeit 239).

3. Die Rechtskraft wirkt gegenüber den Gesammtgläubigern, die während des Prozesses Gesammtgläubiger geworden sind. Hellwig, Rechtskraft 172.

§§ 431, 432. Definition der Untheilbarkeit: „Untheilbar ist jedes Forderungsrecht, dessen Erfolg sich nicht durch Theilleistungen verwirklichen läßt, die sich von der ganzen Leistung nur quantitativ unterscheiden." Das Gesetz selbst giebt absichtlich keine Definition (Motive II, 172). Stolze a. a. O. 10, 13.

§ 431. 1. Stolze a. a. O. a) Wird die untheilbare Leistung unmöglich, so haftet in der Regel derjenige, der die Unmöglichkeit verschuldet, allein nach den Vorschriften der §§ 276 ff., die übrigen werden völlig liberirt; bei gemeinsamen Verschulden haften die Schuldner als Gesammtschuldner, sie haften für das Interesse ein jeder in solidum (vgl. Motive II, 173—174). 50 f.

b) Hat ein Schuldner den Gläubiger ganz befriedigt, so geht gemäß § 426 Abs. 2 die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen auf ihn über; er kann seine Mitschuldner aber nur auf diejenigen Theile in Anspruch nehmen, die kraft des zwischen ihnen bestehenden Schuldverhältnisses auf sie entfallen, nicht etwa als Gesammtschuldner (53).

c) Erfüllt auf Erfordern des Gläubigers ein Schuldner allein, so bedarf er bezüglich der Art und Weise der Erfüllung nicht der Genehmigung seiner Mitschuldner. Die Regreßnahme ist daher von einer vorherigen Genehmigung der Erfüllung unabhängig (54).

2. Haben mehrere Miteigenthümer eine bestimmte Summe gemäß § 1113 aus dem Grundstücke zu zahlen, so ist auch diese Geldleistung eine untheilbare Leistung, da die Verpflichtung der Miteigenthümer des Pfandgrundstücks wesentlich in der Duldung besteht, daß der Gläubiger seine Befriedigung aus dem Grundstück entnehme, diese Duldungspflicht aber eine untheilbare Leistung ist. **RG.** JW. **02** Beil. 198.

§ 432. 1. Abs. 1. Stolze a. a. O. 58 ff.: a) Damit die Hinterlegung der Erfüllung gleichkommt, muß sie so geschehen, daß die Rücknahme ausgeschlossen ist.

b) Die Leistung an Erfüllungsstatt wirkt der geschuldeten Leistung selbst nur dann gleich, wenn alle Gläubiger damit einverstanden sind.

2. Abs. 2. Stolze a. a. O. 59 ff.: a) Solche Thatsachen sind: Kündigung oder Mahnung, Klagverjährung, Erlaß und Konfusion; endlich auch der Verzug eines Gläubigers (vgl. auch Rosenberg, Iherings J. **43** 174 ff.).

b) Fällt die Untheilbarkeit der Leistung fort, wird sie z. B. unmöglich, so hat jeder Gläubiger nur so viel zu beanspruchen, als sein besonderes Interesse an der untheilbaren Leistung beträgt (61).

c) Bei Ausscheiden eines von mehreren Gläubigern wächst sein Antheil den übrigen Gläubigern zu (61 f.).

d) Die Ausgleichungspflicht unter den mehreren Gläubigern richtet sich lediglich nach dem internen Verhältniß, in dem sie zu einander stehen (63).

3. Hellwig, Anspruch 184 ff.: Jeder Mitgläubiger ist in Beziehung auf die Forderungsrechte der Uebrigen Drittempfänger der Leistung. Verliert der eine seine Forderung, so sind die Verbleibenden allein zur Forderung der Leistung berechtigt. Jeder Gläubiger kann daher nur so auf Leistung klagen, wie er sie verlangen kann. Nur sein Anspruch wird rechtshängig, die Erstreckung der Rechtskraft ist ausgeschlossen. Auch durch Ertheilung einer negativen Feststellungsklage kann der Schuldner eine einheitliche Feststellung nicht erzwingen.

4. Das nach § 165 FGG. zur Bestellung des Verwahrers zuständige Gericht hat keine Zwangsgewalt, um den Schuldner zur Herausgabe der Sache an den Verwahrer zu zwingen, da es eine für den Schuldner maßgebende Entscheidung über das Bestehen der Schuld nicht fällen kann. Josef, Komm. z. Reichs- und Preuß. FGG., Zus. z. Art. 15—17.

Siebenter Abschnitt.

Einzelne Schuldverhältnisse.

Erster Titel.

Kauf. Tausch.

I. Allgemeine Vorschriften.

§ 433. 1. Der Käufer kann Verschaffung der unmittelbaren thatsächlichen Gewalt über die Sache verlangen, er braucht sich nicht mit Abtretung der rei vindicatio oder const. poss. zu begnügen. Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag 35. Rosenberg, Iherings J. **43** 257 meint, Uebergabe sei Uebergabe zu juristischem Besitze. Martinius, A.bürgR. **17** 64 u. 68 meint dagegen, die Pflicht zur Uebergabe hätte fallen gelassen werden können, nachdem der Käufer zur Eigenthumsverschaffung verpflichtet sei.

B. Hilse, Illustr. landw. Ztg. **20** 363: Der Landwirth sei verpflichtet, bei Uebergabe der gekauften landwirthschaftlichen Erzeugnisse sich geaichter Maße und Gewichte zu bedienen.

2. Die elektrische Energie, obschon sie keine Eigenschaften besitzt und eine Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache beim Elektrizitätslieferungsvertrage daher als ausgeschlossen erscheint, ist nichtsdestoweniger den Gegenstand eines Kaufvertrags zu bilden vollkommen geeignet; die zwischen einem Elektrizitätswerk und seinen Kunden (Abonnenten) die Abgabe von Energie gegen Entgelt zum Inhalte habenden Verträge sind aber keine Kaufgeschäfte, weil nach dem ihnen zu Grunde liegenden Vertragswillen der Parteien den Abnehmern nicht das Eigenthumsrecht an der gelieferten Sache verschafft, ihnen vielmehr nur ein mehr oder weniger ausgedehntes, zum Voraus fest umgrenztes Gebrauchsrecht eingeräumt werden soll, hinsichtlich welchen Gebrauchs der Konsument sich eine periodisch stattfindende genaue Kontrolle, die sich namentlich auch auf seine Konsumapparate und die dazu führenden Leitungen erstreckt, durch die Organe oder Angestellten des Elektrizitätswerkes gefallen zu lassen hat. Pfleghart, Elektrizität 268 ff.; a. A. RG. **17** 270. Schlecht, Seuff. Bl. **67** 32 ff., hält die „elektrische Energie" nicht für eine Sache, weshalb die Elektricitätsverträge nicht unter die Form der Kaufverträge gepreßt werden könnten; die Vertragsform, welche ihrem Wesen am besten entspreche, sei der Werkvertrag.

3. Das Zeitungsabonnement ist ein Kauf. Wird auf ein Jahr abonnirt, so sind Gegenstände des Kaufvertrags die in dem Jahreszeitraume programmmäßig erscheinenden Nummern, Hefte u. s. w., die der Zeitungsverleger als Verkäufer gegen Zahlung des Abonnementsbetrags als Kaufpreis in den programmmäßigen Theilraten zu liefern hat. Mit Ablauf des Jahres erlischt der Kaufvertrag, wenn er nicht ausdrücklich erneuert worden ist. Der Abonnent braucht sich aber vor Ablauf des Jahres nicht zu erklären, ob er das Abonnement fortsetzen oder aufgeben wolle. Schickt der Zeitungsverleger jedoch den Gegenstand des Abonnements nach Ablauf des Jahres weiter, so ist hierin ein Antrag zu erblicken, der nach der Verkehrssitte gemäß § 151 BGB. als angenommen anzusehen ist, wenn der andere Theil ihn behält. Rehbein, R. **01** 5 f.

4. Abs. 2. W. Ch. Francke führt in Seuff. Bl. **00** 8 ff. aus, Grundlage des Anspruchs auf den Kaufpreis sei stets ein vereinbarter Preis; ein solcher sei aber nicht bloß der auf eine Summe bestimmte Preis, sondern auch der Laden-, Markt-, Börsen-, Taxpreis, sowie der ortsübliche oder angemessene Preis; die Behauptung, daß zu bestimmter Summe gekauft sei, erscheine daher nicht als Einrede gegenüber der Behauptung eines Kaufes zu angemessenem Preise.

Beweislast. Der Kläger, der behauptet, daß der Beklagte gekauft hat, ohne daß eine Vereinbarung über den Preis erfolgt sei, hat zu beweisen, daß eine solche Vereinbarung nicht getroffen sei, wenn der Beklagte eine solche behauptet. **RG.** R. **02** 587; Stölzel, R. **01** 503 ff. gegen Betzinger, das. 161 ff. und 557.

5. Abnahmepflicht. a) Rosenberg bekämpft in Iherings J. **43** 246 die Ansicht Kohlers (A.bürgR. **13** 240 ff., 174 ff.) und Romeick's (Zur Technik des BGB.), daß trotz § 433 Abs. 2 und § 640 Abs. 1 eine Verpflichtung des Käufers (Bestellers) zur Abnahme nicht bestehe. Vielmehr sei die Pflicht zur Abnahme selbständig klagbar und nicht durch Verzicht auf den Leistungsgegenstand zu beseitigen. Der Abnahmeverzug sei nicht Annahmeverzug, sondern Erfüllungsverzug. Aus dem Urtheil auf Abnahme ergehe die Zwangsvollstreckung gemäß § 887 CPO. (Ebenso OLG. **4** 223 (Hamburg) da die Abnahmepflicht des Käufers als eine selbständige Verpflichtung im Gesetz ausgesprochen sei). Vgl. oben Note 7 b zu § 326.

b) Auch das **RG.** **53** 161 ff. erkennt die Abnahmeverpflichtung als selbständig klagbare Verpflichtung des Käufers an. Aus diesem Verzuge des Käufers mit Erfüllung der Annahmeverpflichtung allein kann der Verkäufer die Rechte aus Satz 1 und 2 des § 326 Abs. 1 nur dann ableiten, wenn die Abnahme nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles ein Theil der im übrigen noch nicht erfüllten Hauptleistung ist.

c) Der Käufer, der sich weigert, die gekaufte Waare abzunehmen und zu bezahlen, gerät gegenüber der Lieferungsbereitschaft des Verkäufers ohne Weiteres in Abnahme- und Zahlungsverzug. Einer besonderen Mahnung bedarf es nicht, vielmehr setzt sich der Schuldner durch seine Weigerung, den Vertrag zu erfüllen, selbst in Verzug. LG. Chemnitz, SächsA. **12** 506 ff. (Zu b u. c siehe oben Note 6 zu § 326.)

d) Abnahme ist der der Ablieferung entsprechende Akt der Fortnahme des Gutes, um die thatsächliche Verfügungsgewalt zu erhalten und den Verkäufer von dem Gute zu entlasten. (So auch **RG.** **53** 162). Hiernach ist dem Verkäufer kein Recht gegeben auf Annahme „als Erfüllung" oder „auf Billigung", sondern nur auf das rein thatsächliche Ansichnehmen der Waaren seitens des Käufers. Lehmann, DJZ. **02** 493 ff. (gegen Staub).

e) Auch die Verpflichtung zur Abnahme der gekauften Sache gegen Zahlung des Kaufpreises ist so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, deshalb kann der Käufer eines Grundstücks wegen einer ganz geringen Größendifferenz dessen Abnahme nicht verweigern, sondern hat nur das Recht auf angemessene Minderung des Kaufpreises. **RG.** **53** 73.

f) Für die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme ist gemäß § 269 BGB. der Wohnort des Käufers, als der Wohnort des Schuldners dieser Verpflichtung, der Erfüllungsort, und zwar um so mehr, als auch für die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises derselbe Erfüllungsort besteht, für diese beiden Verpflichtungen aber ein verschiedener Erfüllungsort nicht bestehen soll. Nach § 29 CPO. ist der auf Abnahme verklagte Käufer am Gerichte seines Wohnsitzes zu belangen. Dagegen ist es wohl denkbar und auch ganz zulässig, daß der Erfüllungsort für die Verpflichtung des Verkäufers zur Uebergabe ein anderer als der der Abnahme ist; das tritt auch meist bei Versendungskauf ein. **RG.** **49** 75 f. und JW. **02** Beil. 146.

§§ 434, 435. In der Regel und von anderweiter Verabredung und besonderen Umständen abgesehen, muß es, wenn Auflassung und Hypothekenlöschung Zug um Zug gegen Kaufpreisanzahlung stattzufinden hat, genügen, daß dabei dem zahlungspflichtigen Käufer löschungsfähige Quittung über die zu löschende Hypothek übergeben wird. Vorgängige thatsächliche Löschung der letzteren kann daher gewöhnlich nicht gefordert werden. **RG.** R. **02** 371.

§ 436. Zu den öffentlichen Lasten gehören beispielsweise Deichkassenbeiträge (Entsch. d. pr. ObTrib. **57** 25), Wege- und Brückenbaulasten (Strieth. A. **59** 183), Patronatslasten (Entsch. d. pr. ObTrib **75** 69, Strieth. A. **93** 61 ff.), aber nicht z. B. der Erbpachtkanon (RG. **34** 314). Bendix, Privatr. 371.

Die Rentenbankrenten auf Grund des preuß. Ges. v. 2. 3. 1850 sind keine öffentlichen Lasten im Sinne des § 436 BGB., für welche überhaupt nicht gehaftet werden braucht. Sie wären selbst dann nicht öffentliche Lasten im Sinne des § 436 BGB., wenn sie auch nach Landesrecht als öffentliche Lasten anzusehen wären. Denn die Rentenbankrente bedarf zwar zu ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht, aber ihre Eintragung ist (gemäß Art. 114 EG. z. BGB., Artt. 11, 12 des preuß. AG. z. GBO. und § 18 des Rentenbankges.) durchaus zulässig. Der Verkäufer haftet daher dem Käufer für die Ablösungsrente, wenn der Käufer sie nicht gekannt hat. RG. JW. **02** 69. CBlFrG. **3** 421.

Ortsstatutarische Baubeschränkungen (z. B. über das zulässige Maß von Erkervorbauten) sind nach Landesrecht (Art. 1², Art. 2 AusfG. z. ZwVG. und Art. 11 AusfG. z. GBO.) nicht zur Eintragung geeignete, daher öffentliche Lasten, für die nicht gehaftet wird. OLG. **4** 229 (Frankf.)

§ 437. Das Nichtvorhandensein einer verkauften Forderung stellt sich als Unmöglichkeit dar. Kleineidam, Unmöglichkeit 159 f.

Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers einer Forderung für deren rechtlichen Bestand ist am Wohnorte des Verkäufers und nicht an dem für die verkaufte Forderung geltenden Erfüllungsorte zu erfüllen; danach bestimmt sich auch der Gerichtsstand des Erfüllungsorts (§ 29 CPO.) für die Gewährleistungsklage. RG. JW. **01** 640 und **02** Beil. 141.

Nach Hellwig, Anspruch u. Klagr. 20 bildet die Kompensabilität einen rechtlichen Mangel der verkauften Forderung.

§ 438. Uebernimmt der Zedent die Haftung für die Erfüllung der Schuld dem Zessionar gegenüber, so liegt hierin nicht eine besondere Bürgschaft, sondern eine Modalität des Zessionsvertrags. RG. JW. **96** 364. Vgl. Pr. ObTrib. **59** 108, DJZ. **00** 235.

§ 439. Abs. 1. 1. Wenn der Käufer bei Abschluß des Kaufvertrags das lediglich obligatorische Vorkaufsrecht eines Dritten kannte, so kann er dennoch, wenn der Verkäufer nicht erfüllt, Schadensersatz geltend machen. Das obligatorische Vorkaufsrecht schloß die Erfüllung nicht aus, und wäre erfüllt, so hätte der Vorkaufsberechtigte nur Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer erheben können. Es ist nun sehr wohl möglich, daß der Verkäufer trotz der gegen ihn etwa entstehenden Schadensersatzansprüche des Dritten mit Rücksicht auf die günstigen Verkaufsbedingungen den Kauf abgeschlossen hat, und deshalb keineswegs anzunehmen, daß nur unter der stillschweigenden Bedingung, daß der Dritte das Vorkaufsrecht nicht ausübt, verkauft ist. Wenn auch in der Kenntniß eines Rechtsmangels ein Verzicht des Käufers auf die sonst ihm hierdurch erwachsenden Rechte liegt, so ist dies anders bei Kenntniß des obligatorischen Vorkaufsrechts, weil der Vorkaufsberechtigte überhaupt keine Rechte gegen den Käufer, auf die dieser verzichten könnte, geltend machen kann. OLG. **1** 83, Seuff. A. **56** 171 (Hamburg).

2. Es ist unerheblich, ob der Käufer die Kenntniß des Mangels etwa durch eine zum Bestandtheil des Kaufvertrages gemachte Erklärung oder auf irgend eine andere Weise erhält. RG. **52** 276.

3. Bedarf der Abschluß des Kaufvertrags einer besonderen Form, so kommt es bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache darauf an, ob der Käufer zur Zeit des formgültigen Abschlusses den Mangel gekannt hat. Hat der Käufer vor dem formgültigen Abschlusse von dem Mangel erfahren, so hat er auch dann keinen

Gewährleistungsanspruch, wenn er irrthümlich geglaubt, auf Grund der vorgängig ohne Kenntniß von der Mangelhaftigkeit der Kaufsache getroffenen mündlichen Verabredung zur Mitwirkung beim formgültigen Abschlusse verpflichtet zu sein. **RG.** JW. **02** Beil. 262.

4. Die Vertretungspflicht des Verkäufers ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Käufer zwar den Mangel im Recht gekannt hat, sich aber über die rechtliche Tragweite dieses Mangels in Unkenntniß befunden hat. **RG.** v. 17. 9. 02 **52** 169.

Abs. 2. Auch die Belastung des verkauften Grundstücks mit rückständigen Realleistungen hat der Verkäufer gemäß § 439 Abs. 2 verbunden mit § 1107 zu beseitigen. Planck, Note 2 Abs. 2. Eccius, Gruchots Beitr. **41** 302.

§ 440. 1. Ist die verkaufte Sache dem Käufer evinzirt, so kann im Regreßstreite der Verkäufer behaupten, er habe den die Eviktion begründenden Mangel nicht zu vertreten oder der Eviktionsgrund sei erst nach der Zeit, zu der die Gefahr auf den Käufer übergeht, entstanden; er kann aber nicht behaupten, daß dem Evinzenten kein Anspruch auf Herausgabe zugestanden habe; das wäre unzulässiger Widerspruch gegen die von Jedermann anzuerkennende Rechtskraft unter den Parteien. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft 461 ff.; ebenda über die Replik schuldhafter Prozeßführung durch den Käufer.

2. Abs. 2. Der Ersatzanspruch ist dem Käufer auch dann zu gewähren, wenn er dem Dritten die Sache zwar nicht mit Rücksicht auf sein Recht, sondern auf Grund eines anderen Rechtsgeschäfts übergeben, dieser sie aber mit Rücksicht auf sein Recht in Besitz genommen hat. Rawitscher, Haftung des Verkäufers, 69.

§ 442. Der Käufer eines Grundstücks, der mit der negatoria gegen einen angeblichen Servitutbesitzer durchgedrungen ist, verstößt gegen die Rechtskraft des Urtheils, wenn er in einem späteren Rechtsstreite mit dem Verkäufer behauptet, die Servitut habe bestanden. Mendelssohn-Bartholdy a. a. O. 462.

§ 444. 1. Die Auskunftspflicht des Verkäufers hinsichtlich der den verkauften Gegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse erstreckt sich nur auf die das rechtliche Verhältniß begründenden thatsächlichen Unterlagen, nicht etwa auch auf rechtliche Belehrungen. **RG. 52** 168.

2. Der Käufer kann nach § 810 Gestattung der Einsicht der ganzen Urkunde verlangen. Endemann § 160 Anm. 17. Dagegen Planck Note 2 Abs. 2.

§ 446. 1. Martinius a. a. O. 54 legt dar, daß als Uebergabe auch die Ersatzübergabe, d. h. die Abtretung des Herausgabeanspruchs betrachtet werden müsse, da sonst kein fester Moment für den Gefahrübergang zu finden sei. Ebenso Kisch, Nachträgliche Unmöglichkeit 62. Dagegen: Emerich a. a. O. 44, der auch hier Verschaffung der unmittelbaren Gewalt fordert. Wird eine Sache vom Verkäufer mehrfach verkauft, z. B. ein Grundstück dem einen Käufer aufgelassen, dem anderen übergeben, so soll nach Martinius 69 ff. die Gefahr von beiden getragen werden, d. h. beide den Kaufpreis zahlen müssen, wenn das Grundstück zufällig untergeht. Hier räche sich, daß man den Grundsatz des § 323 für seinen Hauptanwendungsfall, beim Kaufe, aufgegeben habe. Anders Kisch 63: Die Gefahr trage derjenige Käufer, dem das Eigenthum, nicht derjenige, dem der Besitz übertragen sei. Vgl. Emerich 45.

2. Die Uebergabe verkaufter Sachen, deren Gewicht noch festzustellen ist, gilt im Zweifel erst nach vollendetem Wägen als bewirkt. Wenn z. B. Käufer und Verkäufer gemeinsam ein Tier zur Wage treiben und das Tier wird dabei verletzt, so trägt der Verkäufer im Zweifel die Gefahr, da die Uebergabe noch nicht erfolgt ist. Stoll, Viehhandel n. d. BGB. 10.

3. Die Gefahr der Sache und Gefahr des Rechts sind nicht nothwendig verbunden. Rabel, Haftung des Verkäufers I 157 Anm. 1.

4. Der Verkäufer trägt die Gefahr bis zum Eintritte der aufschiebenden, bis zum Ausfalle der auflösenden Bedingung (Kisch 66). Bei einzelnen Sonderarten des Kaufes Abweichungen (Kisch 67 ff.).

5. Der gemäß dem Abs. 2 in das Grundbuch eingetragene Käufer muß auch die Zinsen von bloß vorgemerkten Hypotheken tragen, Othmer, Die rechtl. Wirkung der Vormerkung 83 Ziff. III.

§ 447. Abs. 1. Der Uebergang der Gefahr ist nicht schlechthin verknüpft mit dem des Rechtes auf die Nutzungen, der Pflicht zur Lastentragung. Im Falle des § 447 geht zwar die Gefahr, nicht aber dies Recht und diese Pflicht über. Emerich 38, 45.

Die Bestimmungen des § 447 über den Gefahrübergang gelten auch bei dem Transport innerhalb desselben Ortes. Denn in beiden Fällen ist der Verkäufer seinen Pflichten aus dem Kaufvertrage mit Uebergabe an den Frachtführer voll nachgekommen. OLG. 2 218 (Hamburg). Dies brauchte nach Cuno, Uebergang der Gefahr bei Gattungsschulden (60), nicht besonders zum Ausdruck gebracht werden, da in solchen Fällen meist eine Bringschuld vorliegt.

Es ist anerkannten Rechtes, daß bei Distanzkäufen der Verkäufer nachzuweisen hat, daß er der Pflicht des § 447 genügt hat. An sich gehört dahin freilich nur die Uebergabe an den geeigneten Spediteur oder Frachtführer. Sind aber im einzelnen Falle die Verpflichtungen des Verkäufers weitergehende, so erstreckt sich entsprechend auch seine Beweispflicht weiter. Hat er z. B. auch die Verladung übernommen, so hat er, wenn die Sache beschädigt ankommt, nachzuweisen, daß er seiner übernommenen Pflicht der ordnungsmäßigen Verladung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nachgekommen ist und zwar ohne Unterschied, ob er die Verladung in Folge besonderer Vertragsbestimmung oder freiwillig übernommen hat, da insoweit die Verpflichtungen aus einer negotiorum gestio denen aus einem Mandate gleichstehen. **RG.** JW. **01** 725.

Abs. 2. Die Abweichung begründet nur Pflicht zum Schadensersatz, ändert aber nichts am Zeitpunkte des Gefahrüberganges. Tränkner 83.

§ 448. § 448, der auch bei Gaslieferungsverträgen, die als ein Kaufgeschäft anzusehen sind, Anwendung findet, enthält kein zwingendes Recht. Daher können auch in Zukunft die Kosten der Gasmessermiethe den Konsumenten durch Vereinbarung auferlegt werden. Witthoff, DJZ. **02** 270, (s. auch **02** 149).

§ 449. Stempelkosten und Umsatzsteuer gehören nicht zu den Kosten der Auflassung. Mangels einer besonderen Vertragsbestimmung bestimmt sich daher die Pflicht, die Umsatzsteuer zu bezahlen nach den diese Steuer begründenden Vorschriften. LG. Frankfurt a/O., KGBl. **13** 98. A. M. LG. Hirschberg, Bresl. AnwK. **01** 41: Es ist in Ermangelung einer Vereinbarung davon auszugehen, daß der Käufer eines Grundstücks sämmtliche Kosten zu tragen hat, welche durch den Ueberlassungsvertrag, sowie durch die Auflassung und Eintragung entstehen und daß zu diesen Kosten auch die einer etwaigen Umsatzsteuer zu rechnen sind, weil sich dieselbe analog dem staatlichen Auflassungsstempel als eine Art Gemeindestempelabgabe charakterisirt. Die Gemeindesteuerordnung über die Haftung beider Kontrahenten für die Entrichtung der Umsatzsteuer berührt das civilrechtliche Verhältniß der Betheiligten nicht. (Vgl. auch KGBl. **99** 39.)

§ 452. Mannhardt, HansGZ. **00** Beibl. 34 weist darauf hin, daß die gesetzliche Verzinsung des nicht gestundeten Kaufpreises eine Entschädigung des Verkäufers darstelle; der gesetzlich normirte Zinsfuß sei nur gesetzliche Präsumtion für die Höhe des Interesses, daher Beweis eines höheren Schadens zulässig; für die Zeit vor dem 1. 1. 00 sei der alte Zinsfuß, von da an der neue anzuwenden.

§ 454. Diese Bestimmung begreift nur den Fall der Vollerfüllung. Hat der Verkäufer das Grundstück zwar übergeben, aber noch nicht aufgelassen, so hat er nur theilweise erfüllt und er verliert hierdurch das Rücktrittsrecht daher noch nicht. (A. M. Dernburg, Bürg. Recht II 2, 36.) Eine Stundung des Kaufpreises liegt nicht vor, wenn der Kaufpreis zwar nach der Uebergabe, aber vor oder bei der Auflassung des verkauften Grundstückes gezahlt werden soll. **RG. 50** 139/140 v. 22. 1. 01.

Auch bei bloß theilweiser Stundung des Kaufpreises findet § 454 keine Anwendung. Paech, Leistungsverzug 171.

§ 455. 1. Der Verkäufer kann während des Schwebens der Bedingung die im Gewahrsame des Schuldners befindliche Sache, welche er unter Vorbehalt seines Eigenthums bis zur Zahlung des Kaufpreises verkauft hat, im Wege der Zwangsvollstreckung pfänden lassen, ohne seinen Eigenthumsanspruch zu verlieren. LG. Mainz, HessRspr. **00** 61.

2. Der Eigenthumsvorbehalt des Lieferanten einer elektrischen Lichtanlage wird wirkungslos, sobald die Anlage Bestandtheil eines Grundstückes geworden ist. OLG. Naumburg, Seuff. A. **57** 251, JW. **02** Beil. 55.

3. Der Eigenthumsvorbehalt hindert den Uebergang der Gefahr nicht. § 455 legt dem Eigenthumsvorbehalte des Verkäufers nur zwei Wirkungen bei, woraus zu schließen, daß es im Uebrigen bei den allgemeinen Vorschriften und daher auch bei derjenigen des § 446 zu verbleiben hat. LG. Dresden, JW. **02** 496.

4. Wird bei Verkauf und Uebergabe von verbrauchbaren Sachen das Eigenthum bis zur Vollzahlung des Kaufpreises vorbehalten, so gilt auch hier die Regel des § 455, daß der Eigenthumsübergang bis zur Zahlung aufschiebend bedingt ist. Ueber den Verbrauch hinaus ist allerdings eine Aufschiebung des Eigenthumsüberganges nicht denkbar. Erfolgt die Substanzvernichtung im Wege der Verarbeitung, wird z. B. das unter Eigenthumsvorbehalt verkaufte Mehl vor der Bezahlung zu Brot verbacken, so würde, da der Werth des Stoffes größer ist als der der Verarbeitung, das Brot Eigenthum des Mehleigenthümers werden. Allein dieses Eigenthum ist ein originäres und entsteht an einem anderen neuen Rechtsobjekte. Daraus folgt, daß das Eigenthum am Mehle rechtswirksam nur bis zum Verbacken vorbehalten werden konnte. OLG. 2 343 f. (Karlsruhe). (Vgl. auch § 950.)

5. Mit der Frage, wie ein Vertrag über den Verkauf eines Lotterieloses unter Vorbehalt des Eigenthums für den Kollekteur bis zur Bezahlung des Preises auszulegen sei, beschäftigt sich das Urtheil des **RG.** SächsA. **12** 636. Das **RG.** hat angenommen, daß der Kollekteur Eigenthümer des Looses für jede einzelne Klasse bleibt, solange der Preis ihm nicht bezahlt wird. Aus diesem Gesichtspunkt ist der auf das Loos entfallene Gewinn dem Kollekteur zugesprochen worden.

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

Durch die Vorschriften des BGB. über die Gewährleistung wegen Mängel der Sache werden die weiteren Rechtsfolgen der auf schuldhafter Pflichtverletzung beruhenden mangelhaften Erfüllung nicht beseitigt, soweit wenigstens neben den ädilizischen Rechtsmitteln noch Raum für einen allgemeinen Anspruch auf Schadensersatz gegeben ist. Denn die ädilizischen Rechtsmittel wollen nur die Folgen der mangelhaften Erfüllung, ohne Rücksicht auf die Schuldfrage, regeln und berücksichtigen die zahlreichen Fälle nicht, in denen durch die mangelhafte Erfüllung dem Käufer bereits ein Schaden erwachsen ist, ohne daß der Fall der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft oder dolose Verschweigung eines Fehlers vorliegt. Staub in der Guttentagschen Festgabe für den DJT. 42 f. u. 52 f.

§ 459. 1. Abs. 1. Von einem Fehler, mit dem die Sache behaftet ist, kann dann nicht gesprochen werden, wenn der Fehler in der Spekulation der Parteien liegt, wenn etwa beide Kaufkontrahenten angenommen haben, das Grundstück werde in der gewöhnlichen Weise der Bebauung zugänglich gemacht werden. **RG. 52** 432.

Für Fehler, welche den gewöhnlichen Gebrauch ausschließen, hat der Verkäufer dann nicht einzustehen, wenn der beim Vertrage vorausgesetzte Gebrauch solche Fehler zuläßt. Eccius, Gruchots Beitr. **43** 308.

Bei Verkauf eines Aktienrechts erscheinen als Fehler z. B. Beschädigungen der Haupturkunde oder der Dividendenscheine, nicht dagegen das Fehlen gewisser Eigenschaften im Aktienrecht, z. B. daß die Aktie mit einem geringerwerthigeren Dividendenrecht ausgestattet war, als der Verkäufer versicherte, auch nicht das Fehlen an Dividendenscheinen. Vielmehr handelt es sich solchenfalls entweder um einen Mangel im Rechte oder um unvollständige Erfüllung. Lehmann, Goldschmidts Z. **51** 387.

2. Die Grundsätze über Mängelgewähr werden durch die Vorschriften über Unmöglichkeit ergänzt. Kisch 193 ff. Subsidiär die allgemeinen Vorschriften über Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen. Emerich 67 ff.

Der Käufer braucht sich, anders als der Besteller beim Werkvertrage, keine Nachbesserungsversuche gefallen zu lassen, hat aber auch keinen Anspruch darauf. Emerich 70.

3. Der Mangel der Umlaufsfähigkeit ausländischer Rentenpapiere besteht schon als Folge der Aufnahme der Stücke in das Bulletin officiel des oppositions, da sich der Verkehr nur nach der Bekanntmachung, nicht aber danach richtet, ob die Opposition ordnungsmäßig eingelegt ist. **JW. 01** 519 f.

Bei Bestellung eines billigen Massenartikels kann nicht tadellose Lieferung jedes einzelnen Stücks verlangt werden, und brauchen auch, wenn nach Muster bestellt war, nur Stücke geliefert zu werden, die, was Ausführung anlangt, Handelsgut mittlerer Art und Güte darstellen. Sind aber schlechte Stücke dabei, so brauchen diese nicht abgenommen zu werden, und ihr Vorhandensein, selbst in nicht erheblichem Prozentsatze, kann dazu führen, daß die ganze Lieferung zurückgewiesen werden darf. Denn Sortirung kann vom Käufer nicht verlangt werden. Ein entgegenstehender Handelsbrauch wäre ein Mißbrauch, dem sich Niemand zu fügen braucht. **RG. JW. 00** 856.

4. Für die Frage nach der Erheblichkeit der Werthsminderung ist nicht das Verhältniß dieser zur Kaufpreishöhe in Betracht zu ziehen, vielmehr kommt es lediglich darauf an, ob die Werthsminderung an und für sich erheblich ist. OLG. Dresden, Seuff. A. **57** 392.

Auch die Höhe der zur Beseitigung des Fehlers aufzuwendenden Kosten ist für die Frage der Erheblichkeit der Werthminderung nicht ausschlagend. **RG. R. 01** 538.

5. Abs. 2. Allgemeine Anpreisungen enthalten wegen Fehlens des Verpflichtungswillens keine Zusicherung von Eigenschaften. — Auch das Nichtvorhandensein von Fehlern kann zugesichert werden. Kloß, SächsA. **9** 275.

Die Vorschrift des Abs. 2 findet keine Anwendung, wenn im ganzen genus keine Sache mit den zugesicherten Eigenschaften existirt. Kleineidam, Unmöglichkeit 157 ff.

6. Haftet der Verkäufer gesetzlich auch nur für Werth und Tauglichkeit der Waare (Abwesenheit von Mängeln, welche ihren Gebrauch und ihre Verkäuflichkeit beeinträchtigen), so hat er doch daneben für zugesicherte Eigenschaften einzustehen, ohne Rücksicht, ob dadurch Gebrauch und Verkäuflichkeit der Waare beeinflußt wird. **RG. 47** 129.

Zu den „zugesicherten Eigenschaften“ der Kaufsache gehören nicht nur physische Merkmale derselben, sondern auch Zusicherungen anderer die Sache betreffender Verhältnisse, die geeignet sind, der Kaufsache einen bestimmten Werth beizulegen, wie z. B. solche über das Miethserträgniß des verkauften Hauses, oder über die Umsatzverhältnisse der verkauften Wirthschaft. Crome, R. **02** 333 ff. Ebenso RG. JW. **02** Beil. 270.

Eine Eigenschaft des Grundstücks ist nicht zugesichert worden, wenn der Verkäufer erklärt hat, daß das Grundstück nach Erfüllung gewisser Bedingungen der Bebauung erschlossen und damit baureif in rechtlichem Sinne werden würde. RG. **52** 429 ff.

7. Beweislast. a) Das Vorhandensein von Fehlern, das Nichtvorhandensein von zugesicherten Eigenschaften ist Voraussetzung der Haftung des Verkäufers. In beiden Fällen trifft die Beweislast den Käufer. § 363 BGB. bezieht sich nicht auf mangelhafte Leistungen. Kloß 282 ff.. Die Unerheblichkeit der Minderung im Abs. 1 ist Einrede des Verkäufers, also von ihm zu beweisen. Kloß 275.

b) Die Klausel „Kasse gegen Verladungsdokumente“ verpflichtet den Käufer zur Vorleistung vor Untersuchung der Waare. Verweigert er Vorleistung und Abnahme wegen Mängel (der bereits abgeladenen) Waare, so trifft ihn die Beweislast für die Mangelhaftigkeit, ohne daß er jedoch die thatsächlichen Unterlagen dafür liquide stellen müßte. Der auf Abnahme klagende Verkäufer braucht demgegenüber nur die Anerkennung der Verladungsdokumente zu beweisen. JW. **01** 61. (Vgl. auch § 433 u. HGB. § 377.)

c) Ist eine Waare mit der Zusage bestimmter Herkunft verkauft, welche durch Untersuchung der Waare nicht festgestellt werden kann, so hat, wenn die Waare nach ihrer Beschaffenheit die zugesagte Herkunft haben kann, — mangels anderweiter Vereinbarung oder bestehender Usance — der Käufer die Beweislast dafür, daß die Waare nicht die zugesagte Herkunft hat, weil nach der Verkehrsanschauung in der Regel nicht auf die Herkunft als solche, sondern auf die dadurch verbürgten Eigenschaften der Waare der Werth gelegt wird. RG. **47** 118.

§ 460. 1. a) Die Vorschrift, daß der Verkäufer einen dem Käufer bekannten Mangel nicht zu vertreten hat, gilt auch bei zugesicherten Eigenschaften. OLG. Dresd., SächsA. **12** 60.

b) Der Verkäufer hat einen Mangel, den der Käufer beim Abschlusse des Vertrags kennt, trotzdem zu vertreten, wenn die bessere Eigenschaft gerade erst für die Zeit des Gefahrüberganges zugesichert war, ohne daß die Pflicht zur Herstellung des Zustandes übernommen wurde. Eccius a. a. O. 309.

2. a) Grobe Fahrlässigkeit des Verkäufers bei der Annahme, der Käufer kenne den Mangel, steht der Arglist nicht gleich, bewirkt also keine Haftung des Verkäufers. Kloß a. a. O. 274.

b) Arglistig ist das Stillschweigen nicht nur, wenn es in der Absicht zu täuschen, geschieht, sondern auch dann, wenn es objektiv genommen dem Treu und Glauben im Rechtsverkehr widerspricht und wenn es subjektiv auf bewußter Lässigkeit beruht (gegen Planck II. 234.) Süßheim, Seuff. Bl. **66** 208 ff.

c) Ist dem Käufer eines Grundstückes ein offenkundiger Mangel deshalb unbekannt geblieben, weil er es gar nicht besichtigt hat, so ist dies als grobe Fahrlässigkeit anzusehen. OLG. **4** 42 (Dresd.)

§ 461. Die Bestimmung ist auch auf die Zusicherung einer Eigenschaft zu beziehen. Kloß 310.

Die Zusicherung einer Eigenschaft beim öffentlichen Pfandverkaufe kann als besonderer Vertrag Interesseansprüche begründen, aber niemals Gewährleistungsansprüche. Eccius 313.

§ 462. 1. Auch das Recht auf Minderung ist seinem Wesen nach Rücktrittsrecht wegen irrtümlicher Voraussetzung. Ebbecke, Grundsätze 39.

Die Zulässigkeit der Ansprüche auf Wandelung und Minderung ist nicht davon abhängig, daß der Verkäufer außer Stande ist, den Mangel zu beseitigen. Unter Umständen wird aber der Käufer nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dem Verkäufer gestatten müssen, die Wandelung oder Minderung durch nachträgliche Beseitigung auszuschließen Planck Note 4 Abs. 1. A. M. Endemann, Einführung § 161 Anm. 13. Vgl. Neumann vor § 459 Note V.

Einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels hat der Käufer, wenn diese als versprochen anzusehen ist. Im Uebrigen kann ein solcher Anspruch nur durch ein Verschulden des Verkäufers nach dem Vertragsschlusse begründet werden. Planck Note 4 Abs. 2. A. M. anscheinend Schollmeyer 15, 16, welcher allgemein von einem Anspruche des Käufers auf „Erfüllung, also Nachbesserung" spricht.

2. Stehen dem Käufer aus anderen Gründen, als demjenigen der Mangelhaftigkeit, weitere Rechtsbehelfe zu Gebote, z. B. Ansprüche wegen Nichterfüllung, Anfechtungsrecht wegen Irrthums oder Betrugs, so stehen diese im Wahlverhältnisse zu einander (Alternativobligation), wobei Käufer das Wahlrecht hat. Kloß 286.

Während die Wandelungsklage ein an sich zu Recht bestehendes Kaufgeschäft voraussetzt, welches, falls der Anspruch begründet ist, rückgängig gemacht wird, ist das wegen Irrthums oder Betrugs angefochtene Geschäft als von vornherein nichtig anzusehen (§ 142), so daß beide Klagen rechtlich verschieden sind. **RG.** JW. **01** 864. Ebenso Baum, DJZ. **02** 144 ff., der infolge dessen dem Käufer auch nach der Uebergabe der Sache das Recht zuspricht, den Vertrag wegen Irrthums über wesentliche Eigenschaften der Sache anzufechten. Von besonderer Bedeutung sei dieses Anfechtungsrecht für das Gebiet des Viehhandels, wo die Gewährschaftsklage versage, wenn der Fehler nicht zu den Gewährsmängeln der Verordnung v. 27. III. 1899 zähle.

3. Neben der Wandelung kann der Käufer auf Grund des Vertragsverhältnisses einen Schadensersatzanspruch geltend machen, wenn der Verkäufer schuldhafter Weise seine Vertragspflicht verletzt und hierdurch einen Schaden verursacht hat, der in der Wirkung der Wandelung nicht seine Deckung findet. (Aus § 276 gefolgert; s. oben Note 3 zu § 276) **RG. 52** 19. Ebenso Müller, R. **02** 579 ff.

4. Rechtliche Natur des Anspruchs auf Wandelung (§§ 462, 465).

Eccius, Gruchots Beitr. **43** 416 ff. (ähnlich Lobe SächsA. **9** 113 ff.) vertritt gegenüber den Protokollen und Planck die Ansicht, daß es nicht ein Anspruch auf Abschluß des Wandelungsvertrags, also ein Aufhebungsanspruch sei, sondern ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises; sei dieser noch nicht gezahlt, erschöpfe er sich in der Einrede gegen die Kaufpreisforderung. § 465 hat nach ihm bloß den Inhalt, daß die Wandelung auch durch Vertrag erfolgen könne. Er beruft sich vornehmlich auf § 478, wo ja eine Wandelung ohne Vertrag vorliege.

Im Wesentlichen übereinstimmend Werner R. **02** 202 ff., der aber im § 465 nicht das Erforderniß einer vertragsmäßigen Willensübereinkunft erblickt, da das Gesetz weiter nichts wolle, als daß das einseitige Verlangen, selbst wenn der thatsächliche Zustand ihm entspricht, dennoch niemals die Vollziehung bewirkt. Ebenso Thiele, A.civPr. **92** 387 ff.

Flechtheim gegen Eccius, Gruchots Beitr. **44** 72 ff.: Wäre der Wandelungsanspruch bloße Rückforderung des Kaufpreises, so wäre er aufrechenbar, gemäß § 390 auch nach vollendeter Verjährung. Dies aber unvereinbar mit § 478 und § 479. § 478 enthält keinen Wandelungsfall, sondern eine

bloße Gleichstellung. Die Verbindung der Klagen auf Wandelung und auf Erfüllung der aus der Wandelung sich ergebenden Verpflichtungen sei zulässig (ebenso Kloß 289), nicht aber die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Urtheils auf Wandelung. Gegen Eccius auch Kipp (Windscheid-Kipp II 656 ff.), der abweichend von Flechtheim auch ein auf Wandelung lautendes Urtheil für vorläufig vollstreckbar erklärt wissen will, ferner im § 478 einen Wandelungsfall sieht. Auch Dernburg, BürgR. II, 2 57 ff., hält an der Vertragskonstruktion der Wandelung fest. Ebenso Kloß 287 ff. Zustimmend zu Eccius dagegen: Enneccerus-Lehmann, A.bürgR. I 536 ff., Neumann, Handausg. § 462 zu II, Staub, HGB. zu § 377 Anm. 45 ff., Tränkner, SächsA. 9 91 ff., Haymann, Gruchots Beitr. 46 509 ff. Gegner der Vertragskonstruktion auch Matthiaß, DJZ. 02 205 ff.

Heuer, R. 02 97 versteht den § 465 lediglich dahin, daß das Wahlrecht des Käufers abgeschnitten ist, sobald eine Einigung über die Wandelung stattgefunden hat (so auch bereits Tränkner, SächsA. 9 91 ff.).

5. In dem nämlichen Rechtsstreit kann der Käufer verlangen, daß sich Verkäufer mit der Wandelung einverstanden erkläre und daß der Verkäufer in Verwirklichung der Wandelung das Empfangene gegen das Gegebene Zug um Zug zurückgebe. Ein ausdrücklicher Antrag des Käufers auf Einwilligung in die Wandelung ist nicht erforderlich, sofern nur das diesbezügliche Begehren aus den sonstigen Anführungen der Klage, insbesondere aus der verlangten Verwirklichung der Wandelung folgt. Doch ist im Urtheile die Einwilligung in die Wandelung auszusprechen OLG. 4 35 (Marienw.).

Als Erfüllungsort für die aus der Wandelung sich ergebenden Verpflichtungen ist der Wohnort bezw. Gewerbebesitz des Käufers oder der Ort, wo sich die Waare infolge der Ausführung des Kaufvertrages befindet, anzusehen. OLG. 2 399 (Köln); LG. II. Berlin, KGBl. 02 39.

§ 463. Aus der Zusicherung einer Eigenschaft oder der Abwesenheit eines Mangels der Sache bei der Kaufabrede entspringt niemals ein Anspruch auf Beschaffung der Eigenschaft. Durch Nachlieferung der Eigenschaft können die Gewährleistungsansprüche nur abgewehrt werden, wenn sie bis zum Zeitpunkte des Gefahrüberganges stattfindet. Eccius, Gruchots Beitr. 43 315 f.

Der Verkäufer muß beim Genuskauf das Vorhandensein zugesagter Eigenschaften der verkauften Sache beweisen, es sei denn, daß es sich um eine vereinbarte Provenienz der Waare handelt, welche durch Untersuchung der letzteren nicht feststellbar ist. Hier hat der Käufer den Mangel der vereinbarten Provenienz zu beweisen. JW. 01 61. (Vgl. auch HGB. § 377.)

Wenn die Parteien vereinbart haben, daß der Kaufpreis eines Tieres nach dem Gewicht bestimmt werden solle, daß aber der Verkäufer mindestens neun Stunden vorher das Tier nicht füttern dürfe, der Verkäufer dem aber zuwiderhandelt, so kann der Käufer nur Schadensersatz nach § 823 BGB., nicht aber auf Grund des § 463 BGB. Wandelung, oder Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, da man den Umstand, daß ein Tier gefüttert ist, oder daß es nicht gefüttert ist, nicht als eine Eigenschaft im Sinne des Gesetzes ansehen kann. Stoll, Viehhandel n. d. BGB. 24.

Das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 463 kann zur Zurückweisung der ganzen Kaufsache führen, wenn der Käufer die Sache in ihrem der Zusage widersprechenden Zustande zu seinen Zwecken nicht gebrauchen kann, zugleich kann Ersatz des Interesses am Haben einer Sache mit den zugesicherten Eigenschaften verlangt werden. OLG. 4 37 (Hamb.).

§ 464. Hierdurch ist für die Fälle des zeitlichen Auseinanderfallens des Vertragsabschlusses und der Uebergabe eine selbständige Regelung getroffen,

während § 460 Satz 1 zur Anwendung kommt, wenn die Annahme der verkauften Sache sich unmittelbar an den Kaufabschluß anschließt. **RG.** JW. **01** 785.

Weiterveräußerung oder Gebrauch der Sache in Kenntniß des Mangels hat nicht den Verlust des Wandelungsanspruchs zur Folge, da das Wandelungs- und Rücktrittsrecht im BGB. erschöpfend geregelt ist. Aus § 464 kann das Gegentheil nicht gefolgert werden, da die Annahme der Waare eine stillschweigende Willenserkärung dem Verkäufer gegenüber enthält, die Weiterveräußerung dagegen außerhalb des Kaufvertrages erfolgt (gegen Staub, Anm. 54 zu § 377 HGB.). Simon, PosMschr. **5** 141 ff.

§ 465. Unter Vollziehung der Wandelung oder Minderung ist der Akt zu verstehen, durch welchen der mängelrügende Käufer an die von ihm getroffene Wahl gebunden wird. Thiele, A.civPr. **92** 387 ff.

Vgl. im Uebrigen die Anm. über die rechtliche Natur der Wandelung zu § 462.

§ 467. Ist die Wandelung vollzogen, so kann auch der Verkäufer die ihm dadurch erwachsenen Ansprüche geltend machen. Planck Note 2 f. A. M. Schollmeyer 17.

Der in der Anziehung des § 348 BGB. nur unvollkommen zum Ausdrucke gebrachte Grundsatz der „Zug um Zug-Leistung“ führt, falls der Kaufpreis noch nicht bezahlt ist, dahin, daß der Verkäufer nur gegen Rückgabe der Kaufsache seine Einwilligung in die Wandelung zu erklären hat. Hierdurch hat er die Möglichkeit, vor Abgabe der bindenden Erklärung die Sache zu sehen und zu prüfen und gegebenen Falles die Zustimmung aus § 467 mit §§ 351, 352, 353 abzulehnen. Flechtheim, Gruchots Beitr. **44** 78 ff.

Eine vertragsmäßige Einigung über Wandelung steht der nachträglichen Geltendmachung des Umstandes entgegen, daß die Wandelung ausgeschlossen sei, weil die zurückzugebende Sache umgestaltet worden (§ 352). Eccius, ebenda 319.

Durch die Bezugnahme auf §§ 350—353, 356 wird das Recht auf Wandelung getroffen, durch die Bezugnahme auf §§ 346—348, 354 das Recht aus der Wandelung. Hieraus ergiebt sich, daß diese beiden Rechte in ganz verschiedener Weise von Aenderungen, die mit der Kaufsache vorgehen, beeinflußt werden. Das Recht auf Wandelung wird vielfach dadurch zum Erlöschen gebracht, das Recht aus der Wandelung nur inhaltlich verändert. Kloß 293 ff., 297 ff.

Wegen der Verwendungen, auf deren Erstattung sich der Anspruch des Käufers aus der Wandelung nach §§ 467, 347 Satz 2 erstreckt, ist Pfandverkauf nach § 1003 nicht zulässig. Kloß 297.

Durch die Bezugnahme auf § 354 ist der Fall, wo der wandelnde Käufer die Sache nur belastet zurückgeben kann, nicht getroffen. Es hat also solchen Falles der Verkäufer nicht die Befugniß, die vollzogene Wandelung unwirksam zu machen, sondern ist auf den Schadensersatzanspruch beschränkt. Kloß 299 f.

Aus der Praxis: In der Einziehung von Koupons, die Werthpapieren beigegeben und fällig geworden sind, seitens des Käufers liegt keine den Bestand und Werth mindernde Veränderung der gekauften Stücke. Der Käufer kann — bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen — trotzdem wandeln und braucht nur den Nennwerth der Koupons zurückzugeben bzw. sich von dem zurückzufordernden Kaufpreise kürzen zu lassen. **RG.** JW. **01** 519 f.

Im Falle der Wandelung hat der Verkäufer, regelmäßig auch bei Platzgeschäften, die Kosten des Hin- und Rücktransports der Waare zu tragen. OLG. **4** 39 (Köln).

Erklärt der Käufer im Wandelungsprozesse, daß er die gekaufte und ihm zwangsversteigerte Sache nicht zurückerwerben könne, so steht fest, daß der Rücktritt unwirksam werden müßte (§ 354) und kann deshalb der Wandelungsklage nicht stattgegeben werden. **RG.** **50** 190.

§ 469. Dadurch, daß das Verlangen der Wandelung des Kaufes bezüglich einer von mehreren verkauften Sachen durch das Verlangen der Wandelung des Verkaufs aller Sachen abgewehrt wird, wird kein Vertrag über Wandelung zu Stande gebracht. Eccius, Gruchots Beitr. **43** 337.

Recht des Käufers, bei Mangelhaftigkeit der Waare Wandelung nur hinsichtlich eines Theiles einer theilbaren Lieferung zu verlangen. OLG. Dresden, SächsA. **12** 502 ff.

Hat eine Leistung nach Absicht der Parteien ratenweise zu erfolgen, ohne daß die Gesammtheit der Einzellieferungen ein einheitliches Bedürfniß des Käufers zu decken bestimmt ist, so berechtigt die Mangelhaftigkeit der bisherigen Raten nur zur Wandelung eben dieser Raten, nicht zur Wandelung des Vertrages, soweit er noch nicht erfüllt ist. OLG. **4** 225 (Dresden).

§ 471. Gemeint ist, daß der Gesammtpreis (p) auf einen Bruchtheil herabzusetzen ist, der dem Verhältniß entspricht, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Werth der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen (w_1) zum Gesammtwerthe der Sachen in mangelfreiem Zustande (w_0) gestanden haben würde, also auf $\frac{w_1}{w_0}$ p. Langheineken, Mathem. Bem. zum BGB. Heft 1 15.

§ 472. Gemeint ist, daß der Kaufpreis (p) auf einen Bruchtheil herabzusetzen ist, der dem Verhältnisse entspricht, in welchem zur Zeit des Verkaufs der wirkliche Werth der Sache (w) zu dem Werthe der Sache in mangelfreiem Zustande (w_0) gestanden haben würde, also auf $\frac{w^0}{w}$ p. Anders Endemann, Lehrbuch I 722 (6. Aufl. 1899). Langheineken, Mathem. Bem. zum BGB. Heft 1 12 ff.

Der Käufer braucht, wenn er die Vollziehung der Minderung verlangt, den Betrag, um welchen er den Preis herabgesetzt haben will, nicht zu beziffern. Kloß 300 f.

§ 473. Sind neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise Leistungen bedungen, die vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, so hat der Käufer die Wahl, ob er auf Grund der Minderung die Geldleistung oder die Leistung der vertretbaren Sachen herabsetzen will. Kloß 303.

§ 475. Bei wiederholter Minderung ist die zweite Minderung nicht schematisch nach § 472 [1], sondern so anzusetzen, daß das gleiche Resultat herausspringt, wie wenn von Anfang an beide Minderungen gleichzeitig vollzogen worden wären. Entsprechendes gilt für die Wandelung nach vorangegangener Minderung bei Gesammtpreis (vgl. § 472 [2]). Langheineken, Mathem. Bem. zum BGB. 1. Heft 16 ff.

§ 477. 1. Abs. 1 umfaßt, wenn auch nicht dem Wortlaut, so doch dem Sinne nach auch den auf einem Verschulden beruhenden Anspruch auf Ersatz des durch Lieferung einer mangelhaften Kaufsache entstandenen Schadens. **RG. 53** 203.

Nur die Ansprüche auf Wandelung oder Minderung sind der kurzen Verjährung unterworfen, nicht die Ansprüche aus der vollzogenen Wandelung oder Minderung. Hat der Verkäufer sich mit der vom Käufer verlangten Wandelung oder Minderung einverstanden erklärt, so daß die Wandelung oder Minderung nach § 465 vollzogen ist, so hat der Käufer keinen Anspruch auf Wandelung oder Minderung mehr, der der kurzen Verjährung des § 477 unterworfen sein könnte; diese Ansprüche sind durch Erfüllung erloschen (§ 362). Die Ansprüche, die ihm in Folge der vollzogenen Wandelung oder Minderung zustehen, verjähren in 30 Jahren. Goldmann-Lilienthal 151 Anm. 2. Neumann § 477 Note II.

2. Die **Ablieferung** ist der Akt, der — gleichzeitig mit der Besitzesaufgabe durch den Verkäufer oder danach — dem Käufer die thatsächliche Möglichkeit giebt, die Sache einseitig zu untersuchen. Kloß 308. Ebenso Rosenberg, Iherings J. 43 258.

3. Abs. 2. Wird der Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme im Falle des § 477 BGB. aus formellen Gründen abgelehnt und wird binnen sechs Monaten von der Ablehnung an Klage erhoben, so gilt die Verjährung der Wandelungsklage als durch den erst gestellten abgelehnten Antrag gemäß § 212 Abs. 2 unterbrochen, ohne daß es eines erneuten Antrags auf gerichtliche Beweisaufnahme bedürfte. Denn es ist kein Grund vorhanden, dem stärkeren prozessualischen Hülfsmittel eine geringere Bedeutung beizumessen, als dem minderen auf bloße gerichtliche Beweisaufnahme. OLG. 3 10 (Hamb.)

§ 478. 1. Nißen, JW. 02 565 ff. Die dem Käufer in § 478 zugetheilte Befugniß bedeutet, daß der Wandlungsanspruch, soweit es erforderlich ist, um ihm die in jener Vorschrift vorgesehene Wirksamkeit zu sichern, der kurzen Verjährung des § 477 entzogen ist. Er ist daher auch nach Ablauf der letzteren eine geeignete Grundlage für eine Regreßklage des Grundstückkäufers, der die dem Verkäufer bestellte Kaufpreishypothek an deren gutgläubigen Erwerber gemäß § 892 bezahlen mußte, gegen den Verkäufer auf Rückerstattung des Gezahlten, und dieß nicht bloß, soweit Verkäufer bereichert ist — des weiteren auch eine Grundlage, falls Käufer an jenen Hypothekenerwerber noch nicht gezahlt hat, für eine Klage gegen den Verkäufer auf Befreiung von der Zahlungspflicht. Nur durch eine freiwillige Erfüllung kommt das Recht des Käufers aus § 478 in Ansehung der erfüllten Verbindlichkeit in Wegfall. War auf den Kaufpreis des Grundstücks eine Hypothek übernommen, so ist die entsprechende Kaufpreispflicht erfüllt, wenn der Hypothekar die Uebernahme genehmigt (§ 416). Das Recht aus § 478 wird nicht dadurch erhalten, daß nachher die laut § 416 Abs. 1, Satz 1 die Genehmigung bedingende Mittheilung des Verkäufers unter Widerspruch des Käufers erfolgt ist.

Wenn nicht die Parteien die Wandlung gemäß § 465 durch Vertrag vollzogen haben, muß für die einredeweise Geltendmachung der Befugniß aus § 478 erfordert werden, daß Käufer die Kaufsache zurückgegeben oder in Ansehung ihrer den Anderen wenigstens in Annahmeverzug versetzt habe. Die Kaufsache braucht er nur gegen Rückerstattung seiner Anzahlung zurückzugeben, obgleich der Anspruch auf die Anzahlung, selbständig erhoben, wegen Verjährung abzulehnen sein würde.

2. Obwohl nach der Regel des § 465 die Wandelung und Minderung erst durch Vertrag (oder Supplirung des Konsenses durch Urtheil) vollzogen wird, so entspringt aus dem Rechte, sie zu verlangen, doch eine Einrede; diese ist nicht etwa erst mit der Verjährung jenes Rechtes vorhanden. Die Zurückweisung der Klage des Verkäufers (in Folge dieser Einrede) vollzieht die Wandelung. — Ebenso §§ 490, 821, 853, 2083. Hellwig, Verträge 294, 300.

A. M. Nißen, a. a. O. 569. Erwirkt Käufer durch die Einrede des § 478 die Abweisung der Kaufpreisklage, so ist damit die Wandlung noch nicht vollzogen. Auch der Käufer kann sich noch für die Erfüllung des Vertrages entscheiden. Seine Erklärung ist aber nur wirksam, wenn er gleichzeitig dem Verkäufer den abgesprochenen Kaufpreis anbietet. Bis zu diesem Angebot ist das durch die Einrede bethätigte Wandlungsverlangen in Kraft und im Sinne des § 465 annahmefähig geblieben.

Ebenso Flechtheim 92, 93; die Abweisung vollziehe die Wandelung nicht (auch Thiele, A.civPr. 92 387 ff.). Da aber in der Wandelungseinrede das Anerbieten zur Wandelung liege, könne der Verkäufer durch nachträgliche Einwilligung die Wandelung vollziehen. Dagegen Staffel, SächsA. 10 673 ff.,

da in der Wandelungseinrede ein solches Erbieten nicht liege; dies erkläre sich aus der Rechtsnatur der Einrede, daher der Rückschluß aus § 478 auf die Natur der Wandelungsklage unstatthaft sei.

3. Die nach § 478 zurückbleibende Einrede schützt auch den Bürgen. Hellwig Anspruch, 18 Note 40.

4. Abs. 2. Der kritische Zeitpunkt für das arglistige Verschweigen auf Seiten des Verkäufers ist beim Gattungskaufe der Gefahrübergang, beim Spezieskaufe der Vertragsschluß. Kloß 279.

§ 479. Die Geldforderung auf Rückzahlung des Kaufpreises und Erstattung der Kosten des Kaufvertrags, welche auf Grund des Rechtes auf Wandelung erhoben wird, ist, weil nicht von einem erst noch zu schließenden Wandelungsvertrage abhängig, gegenüber Geldforderungen des Verkäufers aufrechnungsfähig. Bezüglich der Verjährung greift hierbei § 390 Satz 2 schlechthin ein. Die Ausnahmevorschrift des § 479 ist dabei unanwendbar. Eccius, Gruchots Beitr. **43** 329.

§ 480. 1. In Abs. 1 ist der Grundsatz ausgesprochen, daß der Käufer eine anderweite Erfüllung auch dann soll verlangen können, wenn er die zuerst gelieferte Sache als Erfüllung schon angenommen hatte und nur über die wahre Beschaffenheit der Sache im Irrthume gewesen war. Der Gewährleistungsanspruch entsteht spätestens in dem Augenblick, in dem die Gefahr auf den Käufer übergeht, beim Distanzgeschäft also in dem Augenblicke der Absendung; denn erst mit der Auslieferung zur Versendung hat der Verkäufer das zur Leistung Erforderliche gethan und ist das Schuldverhältniß konkretisirt (§§ 480, 446, 447, 243 BGB.). Der Anspruch kann jedoch auch schon früher entstanden sein, wenn nämlich Verkäufer und Käufer darüber einig geworden waren, daß die dem letzteren von ersterem zur Erfüllung angebotene (noch bei ihm lagernde) Waare als der Leistungsgegenstand gelten solle. In diesem Falle kann der Käufer von den Rechtsmitteln aus § 480 auch dann Gebrauch machen, wenn die Waare überhaupt (noch) nicht versendet ist, insbesondere kann er gegebenen Falles Lieferung anderer Waare verlangen oder zurücktreten; der Verkäufer darf dagegen nicht mehr andere Waare zur Erfüllung anbieten. Durch das unbedingte Angebot der fehlerhaften Waare hat er, da der Käufer hiermit einverstanden war, das einstweilen zur Erfüllung Erforderliche gethan. Anders ist es bei einem vom Käufer zurückgewiesenen Erfüllungsversuche des Verkäufers, im Falle also nur bedingten Angebots. Riehl, Das Rücktrittsrecht des Käufers beim Genuskaufe, Gruchots Beitr. **42** 591 ff., insbes. 606. — Gegenüber einer erneuten mangelhaften Erfüllung greifen wiederum die Rechte des Käufers aus § 480 ein. Neumann Note 2.

Der Vertrag über die käufliche Lieferung der Milch der Kühe eines bestimmten Gutes eine bestimmte Zeit hindurch ist Genuskauf. Erst durch den Vollzug der täglichen Theillieferung tritt die Individualisirung der Waare ein. **RG.** JW. **01** 209 f.

Abs. 2. 2. Schadensersatz. Liegen bei einem Gattungskaufe die Voraussetzungen des § 480 Abs. 2 BGB. vor, so hat der Käufer stets das Recht, die Waare zurückzuweisen, nicht etwa bloß dann, wenn er an der Waare im mangelhaften Zustande kein Interesse hat. Kraft des ihm zustehenden Schadensersatzanspruchs ist der Käufer unbedingt berechtigt, den Vertrag als in seiner Gesammtheit nicht erfüllt zu betrachten und demgemäß eine nachträgliche Erfüllung abzulehnen. **RG.** v. 24. 10. 02 **52** 352 ff.; **RG.** v. 18. 4. 02 DJZ. **02** 311.

Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache, welcher wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft der gelieferten Sache Schadensersatz

wegen Nichterfüllung verlangt, ist nicht genöthigt, den Schaden auf der Grundlage zu liquidiren, als sei gar nicht geliefert worden. Er ist vielmehr auch befugt, die nicht gehörige Erfüllung und die dadurch geschaffene Sachlage hinzunehmen und den hieraus ihm erwachsenen Schaden seinem Ersatzanspruch zu Grunde zu legen. **RG.** 53 92.

Schadensersatz wegen Nichterfüllung wird zugebilligt, d. h. es bleibt bei den beiderseitigen Leistungen, die sich die Parteien auf Grund des Kaufvertrags gemacht haben oder noch zu machen haben, es gilt aber der Vertrag trotzdem als vom Verkäufer nicht erfüllt, und der Käufer kann neben jener mangelhaften Vertragsleistung Erstattung seines Schadens in dem Umfange verlangen, wie er es könnte, wenn der Verkäufer gar nicht erfüllt hätte; nicht aber kann der Käufer Ersatz des durch die Mängel der Sache entstandenen Schadens verlangen. Kloß 306.

§ 481. 1. Die Bestimmungen über Viehgewährschaft gelten nur für den Verkauf von lebenden Thieren. Stölzle, Viehkauf § 481 Note 3.

2. Bei der Viehgewährschaft gilt Reihenregreß, nicht Sprungregreß. Wenn also A ein Pferd an B verkauft, B an C, C an D und wenn sich innerhalb der Gewährfrist ein Hauptmangel beim Thiere zeigt, so kann D nicht ohne Weiteres den A verklagen, er kann sich nur an seinen Vormann C halten. Denn mit diesem allein hat er kontrahirt. Vgl. Stölzle a. a. O. § 481 Note 5.

Sprungregreß kann jedoch durch Vereinbarung der Betheiligten herbeigeführt werden. Vgl. Stölzle § 481 Note 5d.

§ 482. 1. Verkäufer haftet nicht, wenn der Käufer das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft beim Kaufabschlusse kannte. Stölzle, Viehkauf § 482 III. 1 42. Zustimmend: Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerl. Gesetzb. (§ 161) 719 N. 7, Kuhlenbeck, BGB. § 460 Note 1. Dagegen: Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse 14, Scherer, Kommentar zum BGB. § 460 Note 1.

2. Haftet der Pfandgläubiger, der das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft bei dem Verkauf in öffentlicher Versteigerung des Thieres zugesichert hat, für das Vorhandensein dieser Eigenschaft? Bejaht von Stölzle a. a. O. § 482 N. III β (44). Zustimmend Scherer a. a. O. III. Buch Note 649 (352). Dagegen: Chr. Meisner, Die Vorschriften des BGB., betreffend die Viehgewährschaft § 461 (42).

3. Die Haftung des Verkäufers ist ausgeschlossen, wenn das im Streite befindliche Thier gemäß § 489 auf Anordnung des Richters öffentlich versteigert wird und wenn bei diesem Thiere sich dann ein Hauptmangel zeigt. Vgl. Stölzle a. a. O. § 482 Note III 5. Zustimmend: Chr. Meisner, a. a. O. § 461 (43). Dagegen Schneider, Rechtsregeln des Viehhandels 151 b.

Hirsch, Gewährleistung beim Viehhandel 15 ff.: Die Hauptmängel gelten stets als erheblich, wenn der Mangel auch in noch so geringem Grade auftritt, § 459 ist insoweit nicht analog anwendbar. — Nur Mängel, welche während der Gewährfrist in die Erscheinung treten, sind zu vertreten; der spätere Nachweis von nicht erkennbar gewordenen Mängeln reicht nicht aus.

§ 483. 1. Wenn ein nur der Gattung nach bestimmtes Thier geschuldet wird, dann geht die Gefahr vor der Uebergabe auf den Käufer über, nämlich mit dem Zeitpunkt, in welchem der Käufer dadurch in Verzug kommt, daß er die aus der Gattung ausgeschiedene und ihm angebotene Spezies nicht annimmt. Es ist also erforderlich, daß der Verkäufer z. B. ein Pferd ausgewählt und dem Käufer angeboten hat; wenn nun der Käufer dieses Pferd nicht annimmt, so kommt er damit in Verzug, und mit diesem Momente geht die Gefahr auf den Käufer über. Stölzle a. a. O. § 483 II. Note 3 (55). Zu-

stimmend: Endemann a. a. O. § 119 Note 10 (515), Planck, BGB. § 300 Note 3 Abs. 2. Dagegen Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse § 300 Anm. Abs. 2.

2. Bei Verkauf eines Thieres unter Vorbehalt des Eigenthums bis zur Bezahlung des Kaufpreises geht die Gefahr bereits mit der Uebergabe des Thieres auf den Käufer über, nicht erst mit der Bezahlung des letzten Pfennigs des Kaufpreises. Ausnahme von der Regel, daß beim suspensiv bedingten Kaufe die Gefahr erst existente condicione übergeht: Stölzle § 483 III. Note 3 (56). Zustimmend: Scherer a. a. O. § 477 Note 5 (562 ff.). Fischer-Henle, BGB. § 446 Note 3. Vgl. oben § 455 N. 3.

3. Die Gewährfrist endigt auch dann, wenn der letzte Tag derselben auf einen Sonntag oder einen am Erklärungsort oder Leistungsorte staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag fällt. Stölzle a. a. O. 65. Zustimmend: Chr. Meisner a. a. O. § 483 (26); Hirsch 33. Dagegen: Dieckerhoff, Gerichtliche Thierarzneikunde 112 Ziff. 2 Abs. 2.

§ 485. 1 Durch die Verpflichtung, zwei Tage nach dem Tode oder dem Verenden des Thieres Anzeige 2c. zu machen, wird die Gewährsfrist nicht gekürzt und nicht aufgehoben. Stölzle a. a. O. § 485 II Note 3. Dagegen: Sauer-Reuter, Die Gewährleistung bei Viehveräußerungen nach dem BGB. 123 Note 3.

2. Fällt der zweite Tag der Ausschlußfrist des § 485 auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, dann endigt die Ausschlußfrist mit Ablauf des nächsten Werktags. Stölzle a. a. O. 72. Zustimmend: Scherer a. a. O. § 485 Note 8, Schneider a. a. O. 130, Hirsch 35. Dagegen Chr. Meisner a. a. O. 33.

3. Zustellung einer nichtigen Klage oder Streitverkündung oder Erhebung der Klage vor einem unzuständigen Gerichte genügen, da ja der Verkäufer hierdurch innerhalb der zweitägigen Frist des § 485 durch den Käufer auf dessen Veranlassung und mit dessen Willen den Mangel erfährt. Stölzle a. a. O. 73. Zustimmend: Scherer a. a. O. § 485 Note 3, Abs. 2 (578). Dagegen Chr. Meisner § 485 (34).

§ 487. Kann der Käufer das Thier deshalb nicht zurückgeben, weil schon vor Vollziehung der Wandelung eine wesentliche Verschlechterung, der Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des Thieres in Folge eines von dem Käufer zu vertretenden Umstandes eingetreten ist, oder weil der Käufer das Thier geschlachtet oder weil er rechtlich darüber verfügt hat, dann muß Käufer den Werth des Thieres ersetzen.

Der Werth des Thieres ist zu ersetzen, welchen dasselbe in dem Momente hatte, als die Gefahr auf den Käufer überging. Dieses Prinzip erleidet nur eine Modifikation: Ist nach der Uebergabe das Thier zufällig unwesentlich verschlechtert worden und ist erst dann in Folge eines vom Käufer zu vertretenden Umstandes die Unmöglichkeit der Rückgabe des Thieres eingetreten, so hat der Käufer den Werth des Thieres zur Zeit des Gefahrüberganges zu ersetzen, abzüglich des in Folge der zufälligen unwesentlichen Verschlechterung eingetretenen Minderwerths. Stölzle a. a. O. 88 ff. Zustimmend: Babl, Die Gewährleistung bei Viehveräußerungen (2) 33. Diese Frage ist äußerst bestritten, vgl. über die Literatur Stölzle a. a. O. 88 ff. Note * a—d.

Vertragsmäßige Vereinbarung des Minderungsrechts ist ungültig. Hirsch 45.

§ 490. 1. Wenn der Verkäufer sich mit der vom Käufer beanspruchten Wandelung einverstanden erklärt hat, die Wandelung somit vollzogen ist (§ 465), so hat der Käufer einen neuen Anspruch, nämlich den, die ihm in Folge der vollzogenen Wandelung gebührenden Leistungen zu verlangen. Es muß also mit diesem Moment eine neue Verjährung beginnen, nämlich die 30 jährige, da nur

für den Anspruch auf Wandelung die kurze Verjährungsfrist gilt, nicht aber für die aus der vollzogenen Wandelung sich ergebenden neuen Rechte. Stölzle a. a. O. 108 u. 109. Planck a. a. O. §§ 477 Note 1a, 462 Note 3; dagegen: Schneider a. a. O. 136.

2. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Hauptmangels, dessen Nichtvorhandensein der Verkäufer zugesichert hat, verjährt unter allen Umständen in 6 Wochen vom Ende der Gewährfrist an, weil, solange Schadensersatz nicht geleistet ist, der Käufer immer noch seinen Anspruch hat. Stölzle a. a. O. 109.

3. Wenn der Verkäufer den Anspruch des Käufers auf Wandelung auch anerkennt, so ist damit noch nicht gesagt, daß er mit der vom Käufer verlangten Wandelung sich einverstanden erklärt, es kann der Verkäufer trotz des Anerkenntnisses des Anspruchs des Käufers die Wandelung nicht wollen. Die Folge ist die, daß mit der Anerkennung des Anspruchs auf Wandelung die Wandelung noch nicht vollzogen ist, mithin, daß der Käufer immer noch einen Anspruch auf Wandelung hat. Eine weitere Folge ist die, daß vom Momente des Anerkenntnisses an nur die kurze 6wöchige Frist von Neuem zu laufen beginnt, es beginnt also nicht die 30jährige Verjährung.

Das Gleiche gilt beim Anspruch auf Schadensersatz.

4. Abs. 3. Voraussetzung des dem Käufer eingeräumten Einrede- und Aufrechnungsrechts ist auch hier die Einhaltung der ihm nach § 485 obliegenden Anzeigepflicht. Tränkner, SächsA. 9 94. Hirsch 66.

§ 491. Satz 2. Außer den hier besonders hervorgehobenen Bestimmungen finden auf den Umtausch beim Viehhandel auch die Bestimmungen des § 487 über die Wandelung Anwendung. Kloß 314.

§ 492. 1. Verkauf eines Thieres zu einem bestimmten Gebrauchszweck enthält nicht die Zusicherung des Verkäufers, daß das Thier zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche tauglich sein müsse.

Wenn z. B. ein Pferdehändler einem Offizier ein Reitpferd, einem Fuhrmann ein Wagenpferd, wenn ein Viehhändler einem Bauern einen Zuchtstier verkauft, so ist in der Thatsache dieses Verkaufs allein nicht etwa die Zusicherung, der Haftungswille des Verkäufers dafür zu erblicken, daß das Pferd zum Reiten, zum schweren Zuge, der Stier zur Zucht tauglich sein müsse. Stölzle a. a. O. 128. Dagegen Scherer a. a. O. § 492 Note VI 593. Schneider a. a. O. 160 ff. Hirsch 75 unterscheidet zwischen dicta und promissa, nur für letztere werde gehaftet.

2. Garantirt der Verkäufer einer Kuh dafür, daß dieselbe bis 1. Februar 1901 mit dem Kalbe kommt, so liegt darin die Vereinbarung einer Gewährfrist, welche mit Ablauf des 1. Februar 1901 endigt. Innerhalb 6 Wochen vom 1. Februar an muß die Klage gestellt werden; außerdem muß natürlich innerhalb zweier Tage nach dem 1. Februar eine der im § 485 BGB. bezeichneten Handlungen vorgenommen werden. Stölzle a. a. O. 132, 133. Hirsch a. a. O. (Anhang).

3. Ist für die Trächtigkeit der Kuh garantirt ohne Angabe einer Gewährfrist, dann beginnt die Verjährung mit der Ablieferung des Thieres, nicht erst mit Ablaufe der vom Tage des Gefahrüberganges zu berechnenden normalen Trächtigkeitsdauer. Es muß deshalb innerhalb 6 Wochen nach dem Tage der Ablieferung Klage erhoben werden. Stölzle a. a. O. 134. Ebenso: LG. Mainz, R. 01 231. Zustimmend Sauer-Reuter a. a. O. 187. Dagegen: Dieckerhoff 129.

Die Zusicherung völliger Gesundheit bedeutet Zusicherung einer Eigenschaft, da die Gesundheit bei Hausthieren eine für ihre Werthschätzung im Verkehre bedeutsame Eigenschaft ist. RG. DJZ. 02 394.

III. Besondere Arten des Kaufes.

1. Kauf nach Probe. Kauf auf Probe.

§ 494. 1. Der Umstand, daß beim Abschlusse des Kaufes eine Probe vorgelegt wird, macht denselben nicht zu einem Kaufe nach Probe. Dieser erfordert die Einigung der Kontrahenten darüber, daß der Verkäufer eine der Probe entsprechende Waare zu liefern und dafür einzustehen habe, daß die Waare der Probe entspreche. OLG. Braunsch., DJZ. **01** 120.

Zu prüfen ist stets, ob wirklich ein Kauf „nach Muster" vorliegt oder ob das Muster nur zur Orientirung des Käufers bezüglich der ihm angebotenen Waaren dienen sollte. **RG.** JW. **02** Beil. 231.

2. Beim Kaufe nach Probe gelten alle Eigenschaften der Probe als zugesichert, abgesehen etwa von solchen Eigenschaften, welche entweder nach der Verkehrssitte ganz allgemein bei der betreffenden Waarengattung als bedeutungslos angesehen werden oder im konkreten Falle von den Kontrahenten als gleichgültig betrachtet worden sind. **RG. 47** 129.

Bei einem Kauf nach Probe ist nicht absolute, sondern nur relative Uebereinstimmung zwischen Muster und Waare für die Probemäßigkeit der gelieferten Waare entscheidend, wenn die Herstellung der Waare in absoluter Uebereinstimmung mit dem vorgelegten Muster unmöglich ist. OLG. **3** 206 (Hamb.)

§ 495. Die Vereinbarung, daß Käufer die Waare umtauschen darf, macht den Kauf keineswegs zum Kaufe auf Probe. Während vielmehr bei diesem das Zustandekommen des Kaufes oder die Wiederaufhebung des Geschäfts vom Belieben des Käufers abhängt, muß hier, wenn die einzutauschende Waare und der Preis, mit welchem diese Waare anzurechnen ist, unbestimmt geblieben ist, erst eine Vereinbarung zu Stande kommen, durch welche der nähere Inhalt des neuen Geschäfts näher bestimmt und zugleich der bis dahin bei Bestand gebliebene Kaufvertrag aufgelöst wird. OLG. **2** 502 (Rostock). Ebenso OLG. Dresden (SächsA. **10** 517) in Betreff eines Pferdekaufs mit Umtauschvereinbarung. Nur die Festsetzung des verkauften Stückes ist noch keine endgültige, der Käufer bleibt aber, auch nachdem er die Umtauschabsicht erklärt hat, noch als Käufer verpflichtet.

Ein Kauf auf Probe liegt nicht vor, wenn der Käufer die Waare nur dann zurückgeben darf, wenn derselben eine zugesicherte Eigenschaft fehlt. **RG.** JW. **01** 367.

§ 496. Ist bei einem Kaufe auf Probe der verkaufte Gegenstand übergeben und gilt daher nach § 496 das Schweigen des Käufers als Billigung, so wird der Kauf nur aufgelöst, wenn dem Verkäufer vor Ablauf der Probefrist eine mißbilligende Erklärung zugeht. OLG. **3** 207 (Bamb.). R. **01** 259.

Unter „angemessener Frist" ist ein bestimmter Zeitraum, eine nach Stunden, Tagen, Wochen fixirte Frist zu verstehen. Teutsch, Seuff. Bl. **66** 485 ff.

2. Wiederkauf.

§ 497. Abs. 2. Der Preis zu welchem verkauft worden ist, ist nicht der etwa scheinbar in der Verkaufsurkunde stipulirte Preis, sondern der wirklich bezahlte. Kuhlenbeck, JW. **01** 389 ff.

3. Vorkauf.

§ 504. Ein Vertrag, worin Jemand einem Anderen das Vorkaufsrecht an seinem Grundstück einräumt, bedarf der im § 313 BGB. vorgeschriebenen Form, da es ein Vertrag ist, durch den er sich bedingt verpflichtet, das Eigenthum zu übertragen. OLG. **1** 293 (Jena) u. Seuff. A. **56** 25. A. M. Kuhlenbeck JW. **01** 391 ff., da die Verkaufsvereinbarung keineswegs schon einen Vertrag

im Sinne des § 313 BGB., sondern lediglich einen Kontrahirungszwang vertragsmäßig begründet, Formvorschriften aber nicht über das unbedingt nöthige Maß ausgedehnt werden sollen.

§ 505 Abs. 2. Da diese Vorschrift dispositiver Natur ist, kann der Vertrag über Einräumung des Vorkaufsrechts auch andere Kaufbedingungen enthalten, wie der Kaufvertrag mit dem Dritten. OLG. Jena, Seuff. A. **56** 126.

Zweiter Titel.

Schenkung.

§ 516. 1. Das Wort Schenkung wird von der Rechtsordnung nicht überall in demselben Sinne gebraucht. Es giebt keinen in festbegrenzter Weise juristisch ausgeprägten, allgemein gültigen Begriff der Schenkung, die mannigfachen Schenkungsfolgen haben bald den einen, bald den anderen Thatbestand zur Voraussetzung. Darum, weil für das Platzgreifen eines bestimmten Schenkungsatzes andere Merkmale gefordert werden, als die nach dem Begriffe der Schenkung im Sinne des Lebens erforderlich sind, ist nicht eine allgemeine, für sämmtliche Schenkungssätze gleichmäßig geltende Einschränkung des Begriffs gegeben. Der für eine einheitliche Darstellung des Schenkungsrechts gewiesene Weg ist der, daß man die den verschiedenen Thatbeständen gemeinsamen Merkmale aufsucht und den Begriff nach diesen alle Fälle deckenden Minimum formulirt; man erkennt dabei an, daß für manche Sätze ein Plus von Voraussetzungen nothwendig ist, aber diese weiteren Voraussetzungen kommen nur als mögliche in Betracht: wie das Minimum nicht überall genügt, so sind nicht überall sämmtliche bei irgend einem Schenkungssatze vorkommende Voraussetzungen nothwendig; ob der weite Begriff für den einen einzelnen Schenkungssatz eine Einschränkung erfährt, richtet sich, wenn dieser seinen Thatbestand nicht selbst ausdrücklich bestimmt, nach dem Zwecke dieses Satzes. — Der allen Schenkungsfolgen gemeinsame Thatbestand ist Zuwendung eines Vermögensvortheils mit der Kausalberedung, daß sie eine schenkweise, d. h. unentgeltliche ist. Versteht man unter Unentgeltlichkeit das Fehlen jedes Aequivalents, so ist darin das Moment der Freiwilligkeit begriffen; jedes Aequivalent, auch ein nicht geldwerthes, schließt Schenkung aus. Neben dem vertragsmäßig auf Unentgeltlichkeit der Zuwendung gerichteten Willen der Parteien giebt es nicht noch das Erforderniß eines besonderen animus donandi: auch ein rein egoistisches Motiv ist nicht im Stande, einer unentgeltlichen Zuwendung die Eigenschaft einer im Rechtssinne schenkweise erfolgten zu nehmen. Rechtlich relevant ist ein mit einer Zuwendung verfolgter Zweck nur dann, wenn er zum Inhalte des Geschäfts gemacht ist; daher kann das condicionis implendae causa dare nicht in Gegensatz zu Schenkung gestellt und schlechthin von ihr ausgeschlossen werden. Burckhard, Zum Begriffe der Schenkung, Festgabe für Bekker 1899; vgl. auch denselben, Die Stellung der Schenkung im Rechtssysteme, Festgabe für Leist 1891, und Ueber Schenkungsannahme, Festgabe für Ihering 1892.

Verpflichtet sich Jemand, dem neuen Hypothengläubiger den Vorrang vor der dem alten Gläubiger verbleibenden Resthypothek einzuräumen, ohne sich eine Gegenleistung hierfür versprechen zu lassen oder aus irgend einem Rechtsgrund hierzu verpflichtet zu sein, so liegt hierin entweder eine Schenkung oder ein Schuldversprechen. RG. v. 24. 4. 01, **48** 136 und JW. **01** 382. Hiergegen **Putzler** in JW. **01** 387 ff., weil die Voraussetzungen des § 516 Abs. 1 nicht gegeben seien. Auch Neumann sagt hieran anknüpfend in Gruchots Beitr. **45** 508 ff.: Nicht jede unentgeltliche Zuwendung ist Schenkung, wenn auch die Absicht der Bereicherung in dem Wortlaute des Gesetzes nicht zum Ausdrucke ge=

bracht ist. Auch die Aufgabe einer Sicherung wird regelmäßig als Schenkung nur anzusehen sein, wenn hierdurch eine Bereicherung des Begünstigten aus dem Vermögen des Zuwendenden erfolgt.

2. Ein Beispiel für die in Abs. 2 geregelte Zuwendung, die sich ohne den Willen des Bereicherten vollzieht, ist die durch Vertrag auf Leistung an Dritte bewirkte Verschaffung des Rechtes auf eine Leistung. Geschieht diese Verschaffung donandi causa, so ist auch hier eine Vereinbarung (Offerte an den Dritten und seine Annahme) erforderlich. Hellwig 346 ff.

Wie der Beschenkte, wenn ihm eine Sache zu Eigenthum übertragen worden ist, ohne daß der Schenkungsvertrag zu Stande gekommen ist, nur vorläufig Eigenthümer der geschenkten Sache geworden ist, so tritt auch, wenn der Schenker ohne Wissen des zu Beschenkenden dessen Schulden bezahlt, die Tilgung der Schuld erst mit Annahme der Schenkung ein, während zuvor der Beschenkte, insbesondere im Falle des § 516 Abs. 2 (Aufforderung zur Erklärung), die Zahlung nur durch aufschiebende Einrede geltend machen kann. Die Zuwendung enthält in solchen Fällen 1. die vorläufige Bereicherung, 2. die Schenkungs- und 3. die Erfüllungsofferte. Unter „Anträgen" sind sonach auch Willenshandlungen (d. h. Handlungen, die den Willen nur verwirklichen, nicht zur Kenntniß bringen sollen) zu verstehen (§ 145). du Chesne, SächsA. **10** 463 ff.

§ 517. Diese Bestimmung steht noch außerhalb des in den §§ 518 ff. geordneten Schenkungsversprechens, unter das ein Verzicht auf Geltendmachung eines bestehenden, künftig noch vollziehbaren Rechtsanspruchs, ein Erlaß u. s. w. fallen kann. Ortloff, A.civPr. **21** 292.

Unter § 517 fällt die Zurückweisung des Rechtes auf Leistung, welches einem Dritten durch Vertrag auf Leistung an Dritte erworben wurde. Hellwig 266.

Ob die Sicherstellung einer bestehenden Forderung durch Pfandbestellung, die Aufgabe einer solchen Sicherheit und der Erlaß künftiger Zinsen als Schenkung zu gelten habe, ist Thatfrage. Tränkner, SächsA. 9 97.

§ 518. 1. Die Vorschrift ist nicht anwendbar, wenn sich ein Gläubiger die Leistung an einen Dritten versprechen läßt, um diesem ein Geschenk zu machen. Das ist kein Schenkungsversprechen, da es der Versprechende keinesfalls ist, der dem Dritten schenkt. Hellwig 68 f.

Das gilt insbesondere von dem Auflageversprechen, welches der Beschenkte leistet. Hellwig, Verträge 336 f.

Collatz führt in Jherings J. **40** 144 ff. gegen die herrschende Meinung aus, daß ein schenkweise ertheiltes Schuldanerkenntniß oder Schuldversprechen trotz Mangels gerichtlicher oder notarieller Beurkundung nicht nichtig, sondern nur kondizirbar sei.

Schenkungsversprechen unterliegen, auch wenn sie wegen mangelnder gerichtlicher oder notarieller Beurkundung nichtig sind, doch der preußischen Stempelsteuer, sofern sie nur schriftlich abgefaßt sind, denn § 56 des Stempelsteuertarifs unterwirft unter der letzteren Voraussetzung ausnahmsweise auch nicht klagbare Schenkungen der Stempelsteuer. Keiner, Preuß. Verwaltungsblatt **21** Nr. 3. Vgl. **RG. 25** 322.

2. Bei der positiven Natur des § 518 Abs. 1 Satz 2 erscheint eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf andere abstrakte Schuldversprechen (Wechsel, kaufmännische Verpflichtungsscheine, Annahme einer Anweisung) nicht gerechtfertigt. Die schenkweise Ertheilung solcher Versprechen wird daher der hier gegebenen Formvorschrift nicht zu unterstellen sein. Planck, Note 2 Abs. 2. Ebenso Endemann, § 164 Anm. 3, 7; Neumann, Note 2. A.M. Meisner, Anm. 4c zu § 528, welcher namentlich die schenkweise Ausstellung eines Wechsels einem abstrakten Schuldversprechen im Sinne des § 780 ganz gleichstellen will.

3. Abs. 2. Schenkungsversprechen auf Bestellung einer Hypothek sind auch dann als erfüllt anzusehen, wenn die Hypothek unter den gegebenen Umständen vorgemerkt ist. Othmer, Die rechtl. Wirkung der Vormerkung 71.

Der schenkungshalber erfolgende Erlaß bedarf keiner Form, da er die Vollziehung der Schenkung in sich trägt und diese nach Abs. 2 des § 518 die für den Schenkungsvertrag erforderliche Form ersetzt. RG. 53 296.

In der als Schenkung bezeichneten Hingabe einer Geldsumme, mit der die auf Grund gleichzeitiger Vereinbarung erfolgende sofortige Zurückgabe derselben Summe als Darlehen verbunden wird (der Fall der l. 20 de R. C. 12, 1), ist weder ein Handgeschenk, noch ein Darlehen zu sehen. Es liegt hier ein verdecktes Schenkversprechen vor, das der Formvorschrift des § 518 Abs. 1 unterliegt. Schloßmann, Iherings J. 44 389 ff.

§ 519. Abs. 2. Ist der jüngere Anspruch vor dem älteren befriedigt, so bestimmt sich die Zulässigkeit der Einrede gegenüber dem älteren Anspruche nach dem dadurch verminderten Vermögensstande des Schenkers. Planck, Note 2 Abs. 1. A. M. Schollmeyer 30, welcher annimmt, daß der Schenker dem früher klagenden jüngeren Gläubiger die Einrede entgegensetzen müsse, widrigenfalls er sie dem älteren Gläubiger gegenüber insoweit verliere, als er sie dem jüngeren gegenüber versäumte.

Bei gleichzeitig entstandenen Ansprüchen hat der Schenker die Wahl, inwieweit er sich der Einrede gegen den einen oder den anderen Anspruch oder gegen beide theilweise bedienen will. Planck, Note 2 Abs. 2. Ebenso Schollmeyer a. a. O.

§ 522. Die Vorschrift schließt die Geltendmachung eines besonderen Schadensersatzanspruchs wegen Verzugs nicht aus. Nur muß der Beschenkte seinen Schaden besonders begründen und beweisen, er kann ihn nicht mit 4 pCt. der geschuldeten Geldsumme in Ansatz bringen. Tränkner, SächsA. 9 100.

§§ 523, 524. Nach der Fassung der beiden Absätze 1 dieser Paragraphen gegenüber dem in den beiden darauf folgenden Absätzen erwähnten Schenkungsversprechen ist zu entnehmen, daß die Absätze 1 sich sowohl auf eine ohne vorausgegangenes Versprechen, als auch in Folge eines solchen vollzogene Schenkung beziehen. Ortloff a. a. O. 293.

Zwischen dem verschwiegenen Mangel oder Fehler und dem Schaden muß ein Kausalzusammenhang bestehen; verschweigt daher der Schenker zwar arglistig irgend einen Fehler, der dem Beschenkten erwachsene Schaden tritt aber auf Grund eines anderweitigen Mangels der Sache ein, der dem Schenker selbst nicht bekannt war, so braucht der Schenker für den dem Schenkungsempfänger erwachsenen Schaden nicht einzustehen. Süßheim, Seuff. Bl. 66 214.

§ 524. Der § 524 regelt die gesetzliche Haftung des Schenkers wegen Fehler der geschenkten Sache. Welche Wirkung die Zusicherung einer Eigenschaft der Sache hat, bestimmt sich nach dem aus den Umständen zu ermittelnden Sinne der Zusicherung. Im § 524 ist deshalb absichtlich nur von einem „Fehler", nicht von einem „Mangel" der verschenkten Sache die Rede. Planck, Note 1. Dagegen Endemann, § 165 Anm. 2, welcher ein redaktionelles Versehen annimmt.

§ 525. Bei einer Auflage zu Gunsten des Beschenkten ist zu prüfen, ob eine verbindliche Auflage oder nur ein Rath bzw. die Angabe der Veranlassung der Schenkung vorliegt. Planck, Note 2. Endemann, § 164 Anm. 44, verneint für den Fall einer Auflage zu Gunsten des Beschenkten einen Anspruch auf Vollziehung der Auflage ganz.

§ 526. Die Auflageverpflichtung entsteht erst mit der Vollziehung des Geschenkes, ihre Entstehung ist nicht davon abhängig, daß das Geschenk an Werth der Auflageleistung auch nur gleichkommt, auch nicht davon, daß die Schenkung ohne Rechtsmängel und thatsächliche Mängel vollzogen ist. Sind solche vorhanden, so ist der Beschenkte verpflichtet, aber er hat die dilatorische Einrede des § 526, wenn die Erfüllung der Auflage (von dem Schenker oder dem Dritten) begehrt wird. Hat der Beschenkte die Auflage erfüllt, so hat er nach der Regel des § 813 keine condictio. Der Anspruch des § 526 ist ein singulärer Billigkeitsanspruch; er geht, wenn die Auflage zu Gunsten eines Dritten lautet, nur gegen den Schenker. Hellwig, Verträge 282 ff.

§ 527. Das hier gegebene Recht ist ein mit Rücksicht auf die Eigenartigkeit des Geschäfts modifizirtes Rücktrittsrecht. Hellwig, Verträge 307 f. Ueber die Tragweite des Abs. 2 s. das. 327 ff.

Ist die Auflage von der Art, daß es zu ihrer Vollziehung einer Vermögensaufwendung nicht bedarf, wie dies z. B. bei der Auflage einer Unterlassung zutreffen kann, so ist ein Rückforderungsrecht nach § 527 nicht begründet. § 527 enthält jedoch nur eine dispositive Vorschrift über den regelmäßigen Inhalt der Schenkung unter einer Auflage. Er läßt daher im einzelnen Falle dem Nachweise Raum, daß gerade die Vollziehung der mit der Schenkung bezweckte Erfolg war. Auf Grund dieses Nachweises kann die ganze Schenkung zurückgefordert werden. Planck, Note 4 Abs. 2. Schollmeyer 33. A. M. Endemann, § 164 Anm. 21, Meisner, Anm. zu § 527. Vgl. auch Neumann, Note I. 2.

§ 528. Ist die Auflage durch Leistung an den Dritten erfolgt, so kann aus § 528 nur ein Anspruch gegen den Schenker entstehen. Hellwig, Verträge 303.

Hat der Beschenkte die Verpflichtung übernommen, den erforderlichen Unterhaltsbetrag als vierteljährlich im Voraus fällige Rente zu bezahlen (§ 760), so erlischt diese Verpflichtung nicht mit dem Tode des Schenkers, sondern nur mit dem Tode des Beschenkten. Kuhlenbeck, JW. **02** 243 gegen Planck Nr. 3 Abs. 2.

§ 530. Die Belastung einer von den Eltern gewährten Schenkung mit Herauszahlungen an die Geschwister des Beschenkten steht selbst dann der Erhebung der Widerrufsklage nicht hindernd entgegen, wenn der Beschenkte die belastende Verpflichtung bereits erfüllt hat. OLG. 5 145 (Darmstadt).

Ein vertragsmäßiger Ausschluß des Widerrufs einer Schenkung auch für den Fall, daß der Beschenkte sich groben Undankes durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen desselben schuldig macht, ist unzulässig. Müller, Seuff. Bl. **66** 27.

Unter „einer schweren Verfehlung" sind, sofern eine strafrechtlich zu verfolgende Handlung gegen den Schenker vorliegt, auch schon der Versuch einer solchen und selbst vorbereitende Handlungen, welche eine bestimmte Absicht erkennen lassen, zu verstehen. Wäre die fragliche Verfehlung aus Nothwehr begangen, so ist, weil dieses als ein Recht der Selbstvertheidigung den Begriff der „Verfehlung" ausschließt, die Widerruflichkeit ausgeschlossen. Oetloff a. a. O. 304.

§ 531 Abs. 1. Die Widerrufserklärung bedarf keiner besonderen Form. Der einseitige Rechtsakt des den Widerruf Erklärenden wird durch die zur Kenntniß des Beschenkten gebrachte Widerrufserklärung ohne dessen Einwendung dagegen, ein die Rückforderung des Geschenkes begründendes Rechtsgeschäft. Ein von dem Schenker bereits dem Beschenkten erklärter Widerruf bewirkt die Vererblichkeit des Rückforderungsrechts nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Ortloff 301/302.

§ 534. 1. a) Stammler, Lehre vom Richtigen Rechte 63. Das Wort „sittlich“ wird hier für diejenige Norm des äußeren Verhaltens gebraucht, welche dieses als sachlich begründet erscheinen läßt und darum richtiges Recht darstellt. Es ist gemeint; Schenkungen, welche ein richtiges Verhalten darstellen, nicht aber solche, die einer guten Gesinnung entspringen.

461: Remuneratorische oder belohnende Schenkungen fallen dann hierunter, wenn durch die Annahme einer freigebig leistenden That der Handelnde als bloßes Mittel für den Annehmenden benutzt erscheint. (Beispiele 462). Solche Schenkungen können u. U. sehr wohl auch an Leute erfolgen, die ihre Dienste gegen Vergütung verwerthen (Aerzte, Sachwalter, Treuhänder u. a.). Sie können sich auch mit erzwingbaren Leistungen im einzelnen Falle vereinigen.

b) Stammler a. a. O. 463 ff.: Der Anstand gehört zu den Konventionalregeln. Es kommt (Unterschied von der sittlichen Lehre!) nur auf äußeres Verhalten und garnicht auf das Bewirken von einer Gesinnung an. Bei der Abgrenzung des Anstandes von dem Rechte darf nicht von der Person des Unterstellten ausgegangen werden. Die beiden ihn anredenden Regeln sind verschieden (465). Dagegen ist die Abgrenzung des Begriffs Anstand innerhalb der Konventionalregeln mit Sicherheit kaum zu vollziehen. Wo es sich (wie hier) um Leistungen oder Schenkungen handelt, welche einer Pflicht des Anstandes genügen sollen, so muß zunächst jede Zuwendung hierher gehören, welche nach konventionaler Uebereinstimmung desjenigen Kreises für geboten erachtet wird, dem der Zuwendende im Allgemeinen angehört. (Beispiele: die üblichen Gegengeschenke, oder die bei Hochzeiten, Kindtaufen, Sterbefällen überreichten Spenden, auch das Trinkgeld.) (467.) — Doch dürfen die auf den Anstand zu nehmenden Rücksichten nicht gegen die Grundsätze des richtigen Rechts verstoßen, wenn sie auch nicht mit einem bestimmten Gebote desselben zusammenzufallen brauchen. Es sind bei zulässigen Schenkungen zu unterscheiden: Solche, die durch r. R. a) geboten sind — sittliche Pflicht, b) nicht verboten sind — und dann entweder α. dem Anstande entsprechen oder β. ganz frei stehen. (Beispiele 468, 469.)

2. Ob eine Anstands- oder Pflichtschenkung vorliegt, kommt ganz auf die konkreten Umstände an, wobei auch die soziale und gesellschaftliche Stellung der Betheiligten zu berücksichtigen ist. Tränkner, SächsA. 9 103; Süßheim, JW. **01** 744.

Weihnachts- und Neujahrsgeschenke an das Gesinde unterliegen, wie Nußbaum, Preuß. Gesindeordnung Anm. 3 zu § 36 bemerkt, nicht dem Widerrufe.

3. Es kann der Fall eintreten, daß bezüglich eines Theiles des gemachten Geschenkes eine auf Sitte und Anstand beruhende Verbindlichkeit anzunehmen ist, daß aber diese Nothwendigkeit für einen überschießenden Betrag entfällt. Besteht das übergroße Geschenk in einem einheitlichen Gegenstande, so wird diese zweiseitige Interessenkollision in der Weise zu lösen sein, daß das auf § 534 gestützte Zurückbehaltungsrecht des Beschenkten zunächst ziffermäßig geschätzt wird. Ist der im Verhältniß zum Werthe des Schenkungsobjekts gleichfalls berechnete Anspruch des Schenkers seiner Höhe nach größer, als der Werth des Zurückbehaltungsrechts, so würde dem Empfänger des Geschenkes die Verpflichtung aufzuerlegen sein, dasselbe gegen eine seinem Rechte entsprechende Entschädigung dem Schenker herauszugeben. Im umgekehrten Falle wird sich der Schenkgeber mit der Rückzahlung einer Summe begnügen müssen, welche der Differenz zwischen Werth des Objekts und dem für den Beschenkten berechneten Retentionswerth entspricht. Süßheim, JW. **01** 744.

Auch die Anstandsschenkung setzt eine giltige Schenkung voraus. Süßheim a. a. O. 745.

Dritter Titel.
Miethe. Pacht.
I. Miethe.

§ 535. 1. Sachmiethe und ähnliche Verträge. a) Verträge über die Benutzung von Schrankfächern in Stahlkammern sind Miethverträge. Heinrici, Gruchots Beitr. **44** 821 ff. Ebenso erklärt Brückner, R. **02** 251 ff. einen solchen Vertrag für einen reinen Miethvertrag, da dessen Voraussetzungen nach § 535 gegeben seien und der Umstand, daß der Miether die Stahlkammer nur zu bestimmter Zeit betreten und das Tresorfach nur in Gemeinschaft mit dem Bankhaus öffnen könne, den Bestand des Miethvertrags nicht aufhebe. Auch die vom Vermiether eingegangene Nebenverpflichtung, für die Sicherheit der Stahlkammer zu sorgen, ändere hieran nichts. Dagegen nimmt Wilutzky, DJZ. **00** 295 eine eigenthümliche Kombination von Mieth- und von Verwahrungsvertrag an, welche Elemente von beiden Rechtsinstituten in sich aufgenommen habe, während Hancke, ebenda 389, sich für einen Verwahrungsvertrag erklärt, indem der Schlüssel in der Hand des Deponenten nicht dagegen spreche. Dernburg II, 2 521: Verwahrungsvertrag mit besonderen Eigenthümlichkeiten.

b) Als Miethvertrag charakterisirt sich auch die entgeltliche Ueberlassung der Ausübung eines Wohnungsrechts im Sinne des § 1093. Planck, Note 1 Abs. 1. A. M. Schollmeyer (35), welcher darin einen Pachtvertrag über die Ausübung eines Rechtes sieht.

Wird in einem Vertrage die eine Sache nur zum Gebrauche, daneben eine andere Sache auch zum Fruchtgenuß überlassen, z. B. eine Wohnung mit Garten, so wird für die Frage, ob Miethe oder Pacht vorliegt, entscheidend sein, welche von den beiden Sachen die Hauptsache ist. Hiernach wird dann insbesondere die Frage der Kündigungsfristen zu beantworten sein. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß in einzelnen Beziehungen die Vorschriften für Miethe und Pacht neben einander Anwendung finden. Arnold, Seuff. Bl. **63** 325 ff.

c) Die Elektrizität (genauer: elektrische Energie) kann nicht Gegenstand eines Miethvertrags im Sinne des BGB. sein, aber nicht etwa aus dem Grunde, daß sie — wie Mittelstein (Miethe 10) gegen Fuld polemisirend bemerkt — keine Sache im Sinne des Gesetzes sein soll, sondern nur deswegen, weil in Folge ihrer Konsumption durch den Gebrauchsberechtigten eine Rückgabe der Miethsache nach gemachtem Gebrauche nicht möglich ist. Da, abgesehen von diesem letzteren Erfordernisse, das zwischen dem Lieferanten elektrischer Energie und seinen Kunden bestehende Rechtsverhältniß im Uebrigen sämmtliche für die Sachmiethe charakteristischen Merkmale aufweist, so ist es neben der Pacht, die ja auch unkörperliche Dinge (Rechte) zum Gegenstande haben kann, als eine Sachmiethe (loc. cond. rei) im weiteren Sinne zu bezeichnen und dementsprechend zu beurtheilen. Pfleghart, Elektrizität 279 ff. u. 296 ff.

2. Aus der Praxis: a) Ist in dem Miethvertrage von Räumen gleichzeitig die Entnahme von Dampfkraft oder des elektrischen Stromes vereinbart, so ist im Zweifel der gesammte Vertrag als ein einheitliches Ganze aufzufassen, auch wenn für die Lieferung des Stromes oder der Dampfkraft besondere Preise, die den Miethzins übersteigen, festgesetzt sind. Ein Rücktritt ist nur einheitlich zulässig. OLG. Dresden, Annalen d. sächs. OLG. **22** 439.

b) Dem Miether eines Raumes in der Geschäftsgegend steht zum Betriebe seines Gewerbes das Recht zu, auch die Außenfronten des Hauses, bez. Haustheils zu seinen Reklamezwecken zu benutzen, und zwar sowohl bei Läden und Räumen zu ebener Erde, wie in höheren Stockwerken. OLG. **2** 32 (KG.).

c) Die Hingabe von Gottesgeld läßt nach den Verkehrsgewohnheiten darauf schließen, daß ein definitiver unbedingter Miethvertrag abgeschlossen ist. OLG. **3** 356 (Hamburg).

§ 536. 1. Aus § 536 in Verbindung mit § 535 sind zwei im Gesetze nicht ausdrücklich genannte Fälle des Mängelanspruchs des Miethers herzuleiten: die Fälle, wo der Mängelanspruch erzeugt wird durch den unberechtigten Eingriff eines Dritten und durch einen anderen außerhalb der Sache liegenden Mangel. Tumpowsky, Mängelanspruch des Miethers nach BGB. 4 ff. u. 36 ff.

2. Hat Jemand Räume seines Hauses als Restaurationslokal vermiethet, so darf der Vermiether nicht seinerseits einen Restaurationsbetrieb in dem Hause eröffnen, weil er dadurch den Miether in dem vertragsmäßigen Gebrauche stören und in seinen Vertragsrechten schmälern würde. OLG. Braunschweig, Braunsch. Z. **48** 97 ff.

3. Der Miether ist berechtigt, von dem Vermiether die Gestattung des Anschlusses an den Fernsprechverkehr zu verlangen, wenn die Herstellung einer Fernsprechanlage nach den Anforderungen des in den Miethräumen betriebenen Geschäfts als dringendes Bedürfniß des Gebrauchs der Miethräume zu erachten und die Herstellung auf Kosten des Miethers dem Vermiether keine nennenswerthe Belästigung bringt. RG. **49** 309 und JW. **01** 857.

§ 537 Abs. 1. 1. a) Sind im Falle der Miethzinsminderung vertretbare Sachen neben der Geldleistung als Miethzins zu entrichten, so hat der Miether die Wahl, ob er die Minderung an der Geldleistung oder an dem nicht in Geld bestehenden Theile des Miethzinses vornehmen will (anders wenn neben dem in Geld festgesetzten Miethzinse nicht vertretbare Sache oder gar keine Sachen [z. B. Dienstleistungen] als Miethzins zu leisten sind).

b) Das Recht auf Miethzinsbefreiung bez. -minderung ist nicht ein Anspruch im technischen Sinne, sondern die Befreiung bez. Minderung tritt bei Vorhandensein der Voraussetzungen ipso iure ein. Unzutreffend also die Bezeichnung bei Borcherdt, Das Miethrecht nach dem BGB. § 24 (50, 51).

c) Die Frage nach der Beweislast im Falle des § 537, wenn der Vermiether auf den Miethzins klagt und der Miether die ihm nach § 537 zustehenden Rechte geltend macht, ist dahin zu beantworten, daß, wenn der Miether behauptet, daß der den vertragsmäßigen Gebrauch aufhebende oder mindernde Mangel zur Zeit der Ueberlassung bereits vorhanden war, der Vermiether darthun muß, daß er die Sache in mangelfreiem Zustand überlassen habe, sofern nicht gemäß § 363 BGB. nach den konkreten Umständen eine Umkehrung der Beweislast Platz greift. Gesteht hingegen der Miether zwar zu, daß der Vermiether ihm die Sache in mangelfreiem Zustande gewährt habe, behauptet er aber weiter, daß während der Miethzeit ein solcher Mangel entstanden sei, so liegt dem Mieter selbst die Beweislast für seine Behauptung ob. Tumpowsky a. a. O. 18 f., 19 f., 20 ff., 22 ff. Bezüglich der Beweislast in den anderen Fällen des Rechtes auf Miethzinsbefreiung bez. -minderung und bei den anderen Mängelrechten vgl. a. a. O. 35 Z. 4, 41 c, 79 ff., 109 1, d), 112 d).

2. Die Vorschriften der §§ 537 ff. lassen sich auffassen als eine für die Miethe besonders erfolgte Regelung der Grundsätze über die Unmöglichkeit der Leistung. Sie werden ergänzt durch die allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit. Tumpowsky a. a. O. 56 ff. u. Kisch, Unmöglichkeit 195 ff.

In dem Umstande, daß in einem Hause bis in die jüngste Zeit hinein Unzucht getrieben worden ist, ist ein Fehler zu erblicken, der die Miethwohnung für eine anständige Familie unbewohnbar macht. RG., SächsA. **10** 369.

3. Abs. 2. Angabe des Umsatzes eines Restaurationsgeschäfts ist Zusicherung einer Eigenschaft der Miethsache. — Hat von mehreren Miteigenthümern, die den Miethvertrag abschlossen, auch nur einer von ihnen die fehlenden Eigenschaften zugesichert, so dringt der Miether dennoch mit der Gewährleistungsklage gegen alle Betheiligten in gleicher Weise durch, weil der Anspruch auf Minderung untheilbar ist. OLG. 5 25 ff. (KG.).

Ueber zugesicherte Eigenschaft vgl. auch oben N. 6 zu § 459.

§ 538. 1. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung ergreift auch beim Miethvertrage wie bei den anderen gegenseitigen Verträgen (vgl. oben N. 3a zu § 325) den ganzen gegenseitigen Vertrag. Soweit der Vermiether nicht leistet, wird auch der Miether von seiner Verpflichtung frei und an Stelle der beiderseitigen Leistungspflicht tritt der einseitige Interessenanspruch des Miethers. Liegt daher ein dauernder und nicht zu beseitigender Mangel vor, der den Miethgebrauch vollständig verhindert (z. B. der Vermiether hat vor der Uebergabe der Miethsache Besitz und Eigenthum schuldhaft verloren), so wird der ganze Miethvertrag in einen einseitigen Anspruch des Miethers auf den ihm durch die Nichterfüllung des Miethvertrags entstandenen Schaden aufgelöst. Ist dagegen der Mangel kein dauernder oder vollständiger, so steht dem Miether das Recht zu, falls die Voraussetzungen des § 542 und ein vom Vermiether zu vertretender Umstand vorliegen, die noch mögliche Erfüllung des Miethvertrags abzulehnen (§§ 280 Abs. 2, 325 Abs. 1 Satz 2), hierdurch den Vertrag aufzulösen und das Erfüllungsinteresse für den noch nicht abgelaufenen Theil der Miethzeit zu beanspruchen. Schöller, Gruchots Beitr. **46** 265 ff., 276 ff.

2. Bezüglich des Verhältnisses des Rechtes auf Miethzinsbefreiung bez. -minderung zu dem auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist hervorzuheben, daß hier kein Wahlrecht im technischen Sinne des BGB. (§§ 262 ff.), d. h. keine obligatio alternativa, vielmehr lediglich eine facultas alternativa vorliegt. Hieraus folgt, daß die Geltendmachung des einen Rechtes erst ausgeschlossen ist, wenn das andere bereits realisirt, nicht schon, wenn es bloß gewählt ist. Tumpowsky a. a. O. 58 ff.

3. Das Recht auf Schadensersatz wegen eines bei dem Abschlusse des Vertrags bereits vorhandenen Mangels ist nicht davon abhängig, daß den Vermiether ein Verschulden trifft. **RG. 52** 172 ff.

§ 539. 1. Abs. 1. Nimmt der Miether eine mangelhafte Sache in Kenntniß des Mangels vorbehaltslos an, so sind seine Mängelrechte selbst in dem Falle ausgeschlossen, daß der Vermiether den Mangel arglistig verschwiegen hat. Tumpowsky a. a. O. 103 ff. A. A. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse zu § 539, 1c.

2. Das Recht aus Abs. 2 steht dem Miether neben dem Rechte auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu. Ob dieses Recht im Falle des Mangels ein Recht im Sinne des § 541 bedeutet, daß der Miether dem Dritten das Recht abkaufen und vom Vermiether den Kaufpreis ersetzt verlangen kann, ist der Entscheidung des Einzelfalls zu überlassen und kann nicht in allen Fällen bejaht werden. Tumpowsky a. a. O. 51 ff. A. A. Crome, Iherings J. **37** 45 u. Cosack a. a. O. § 135, II, 5b.

§ 541. 1. Selbst in dem Falle, daß dem Miether durch einen Mangel im Rechte (§ 541) oder durch einen Mangel der Sache (§ 537) der vertragsmäßige Gebrauch der gemietheten Sache während der ganzen Miethzeit vollkommen entzogen wird, sind die §§ 541 in Verbindung mit 537 u. 538, und nicht die allgemeinen Grundsätze von der Unmöglichkeit der Leistung anzuwenden. Tumpowsky a. a. O. 30 ff. u. 60 ff. A. A. Borcherdt, Das Miethrecht nach dem BGB., 51.

2. Die Frage, ob der Miether bei Eingriffen Dritter petitorisch gegen diese klagen kann, wird von Niendorff, Miethrecht 170, bejaht, weil das Mietrecht sich als „sonstiges Recht" im Sinne von § 823 darstellt. Folgerecht kann er bei nachtheiligen Veränderungen einer städtischen Straße gegen die Stadtgemeinde auf Schadensersatz aus eigenem Rechte klagen.

3. Wird der Gebrauch einer untervermietheten Sache dem Untermiether dadurch entzogen, daß dem Hauptmiether auf Grund von § 569 BGB. (Tod des Hauptmiethers) oder § 57 Ziff. 2 ZwstG. (Zwangsversteigerung des Miethgrundstücks) vorzeitig gekündigt wird, so kann der Untermiether nicht Schadloshaltung vom Hauptmiether verlangen, sofern er beim Miethen der Sache gewußt hat, daß selbiger nicht Eigenthümer, sondern nur Miether der Sache war. Schubart, Die Untermiethe, 30, 34.

4. Dem Miether oder Pächter eines Grundstücks steht im Falle der gänzlichen oder theilweisen Enteignung des letzteren auch nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein selbständiger Anspruch auf Entschädigung gegen den Expropriaten nach Maßgabe des § 11 des preuß. Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 zu. Bering, Das Recht der Enteignung 2c. in Egers eisenb. E. u. A. **15** 292.

5. Kennt der Miether eines Schanklokals das entgegenstehende Untersagungsrecht eines Dritten, so kann er weder Minderung noch Schadensersatz wegen Ausübung dieses Untersagungsrechts verlangen. OLG. 2 282 (KG.).

§ 542. Literatur. 1. a) Der Verzicht im Voraus auf das außerordentliche Kündigungsrecht ist unverbindlich. Müller, Seuff. Bl. **66** 27. Das Kündigungsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Miether in Annahmeverzug gerathen ist. Rosenberg, Iherings J. **43** 290.

b) Das sofortige Kündigungsrecht unterliegt ebenso wie das Recht auf Miethzinsbefreiung bez. -Minderung überhaupt nicht der Verjährung. Tumpowsky, a. a. O. 97 ff.

c) Das Kündigungsrecht des § 542 greift auch Platz, wenn der Vermiether sich in zeitweiser oder theilweiser Unmöglichkeit der Erfüllung befindet, insbesondere also wenn die Streitsache an einem unheilbaren gebrauchsmindernden Mangel leidet (auch Tumpowsky, a. a. O. 77 ff.). Ebenso kann der Miether bereits vor dem Antritte des Miethobjekts kündigen, falls bereits vorher der die Kündigung rechtfertigende Umstand und das mangelnde Interesse des Miethers feststeht Schöller, Gruchots Beitr. **46** 270 ff.

d) Die Kündigung kann nicht bedingt sein. (A. A. Fuld, Miethrecht 153/54; wenigstens unter Umständen Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse zu § 564 2b). Eine unter einer Bedingung erfolgte Kündigung ist daher nichtig. Tumpowsky, a. a. O. 83 Ziff. 2.

2. Der Miether kann auch anstatt der Kündigung die weitere Erfüllung ablehnen und den durch die Aufhebung des Vertrags entstandenen Schaden begehren. Schöller, a. a. O. Anm. zu § 538. Es steht ihm aber neben dem sofortigen Kündigungsrechte nicht das Recht auf Ersatz des negativen Geschäftsinteresses zu Tumpowsky, a. a. O. 90 ff.

3. Eine Frist im Sinne des § 542 Abs. 1 ist nur dann gesetzt, wenn sie eine wirklich angemessene war, ist sie daher zu kurz, so muß es so angesehen werden, als habe der Miether überhaupt keine Frist gesetzt (gegen Cosack § 105 II 2a). Außer in dem im Gesetz ausdrücklich genannten Falle bedarf es einer Fristsetzung auch dann nicht, wenn die Beseitigung des Mangels innerhalb der Miethzeit oder überhaupt unmöglich ist. Tumpowsky, a. a. O. 76 ff.

4. Aus der Praxis: § 542 giebt ein Kündigungsrecht nur im Falle der wirklichen Entziehung des vertragsmäßigen Gebrauchs, nicht schon dann, wenn die Besorgniß einer künftigen Entziehung besteht. OLG. 5 368 (Königsb.).

In dem Wohnenbleiben nach erfolgter Kündigung kann unter Umständen eine Zurücknahme der Kündigung erblickt werden. OLG. 2 480 (Karlsr.).

§ 543 Abs. 1. Welches die entsprechende Anwendung in den Fällen des § 541 ist, darüber sind die Auffassungen getheilt. Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse 44, meint, wegen der Mängel des § 541 könne nicht kündigen, wer sie kannte oder aus grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Daß nur Kenntniß, nicht auch grob fahrlässige Unkenntniß in den Fällen des § 541 die Kündigung ausschließt, nehmen an Mittelstein, Miethe 108 N. 13 und Schubart, Die Untermiethe 28 N. 13.

§ 544. 1. Als „erheblich" im Sinne dieser Gesetzesstelle ist eine nicht geringfügige und zugleich naheliegende Gesundheitsgefährdung zu erachten. Bei der Feststellung der Erheblichkeit kommen nicht die persönlichen Verhältnisse des Miethers, seiner Angehörigen und Angestellten in Betracht, sondern es ist der objektive Maßstab anzulegen, d. h. nur jener Miethraum ist im Sinne des § 544 gesundheitsgefährlich, dessen Beschaffenheit gegen die allgemeinen Grundsätze der Wohnungshygiene verstößt. So Tumpowsky a. a. O. 83 2b, gegen Fuld, Miethrecht 74 ff. u. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse zu § 544 2b, Schäfer, Seuff. Bl. **67** 258 ff. Eine „erheblich" die Gesundheit gefährdende Beschaffenheit liegt nicht vor, wenn es sich um einen vorübergehenden, leicht und in verhältnißmäßig kurzer Zeit zu beseitigenden Uebelstand handelt. **RG. 51** 211.

2. Der nach § 544 zur Kündigung ohne Einhaltung einer Frist berechtigte Miether braucht eine Abhülfefrist nach § 542 nicht zu gewähren. Schäfer, a. a. O. 262.

Zwar ist das sofortige Kündigungsrecht unverzichtbar, wohl aber kann der Miether auf den ihm zustehenden Schadensersatzanspruch verzichten. Tumpowsky a. a. O. 100.

3. Aus der Praxis: Das Kündigungsrecht des Miethers aus § 544 zessirt, wenn der Miether seiner Anzeigepflicht aus § 545 nicht nachgekommen ist und dem Vermiether somit die Möglichkeit rechtzeitiger Abhülfe nicht gewährt hat. OLG. **2** 382 (Hamburg). Dagegen nimmt Schäfer a. a. O. 263 an, daß eine Anzeigepflicht nicht besteht, ebenso Fuld, a. a. O. 176; a. M. jedoch Tumpowsky a. a. O. 116a.

Da § 544 eine auf den ständigen Eigenschaften des Miethobjekts beruhende Gesundheitsgefährdung voraussetzt, umfaßt er nicht auch die Fälle, in welchen der gefährliche Zustand erst durch die eigenen schuldhaften Handlungen und Unterlassungen des Miethers herbeigeführt worden ist. Hiergegen lassen sich auch nicht die sozialpolitischen und hygienischen Erwägungen verwerthen; denn die Begünstigung des nachlässigen, unreinlichen Miethers würde diesen Zielen direkt entgegen sein. Keineswegs sollte durch § 544 der allgemeine Grundsatz, daß jeder verantwortliche Mensch die Gefahr seiner schuldhaften Handlungsweise trägt und sie nicht auf einen Anderen überwälzen kann, für den Fall des § 544 beseitigt werden. **RG. 51** 213, — vgl. auch zu § 254 unter 6 (165). Ebenso Schäfer a. a. O. 261 ff.

Die Bestimmung des § 544 ist auf vor 1900 geschlossene Miethverträge nicht anwendbar, weil nicht die Vermiethung eines gesundheitsgefährlichen Wohnraumes überhaupt für nichtig erklärt worden ist. Brückner, R. **00** 115, a. M. Fuld, a. a. O. 74 und LG. Posen, PosMschr. **00** 36.

Die Anwendung des § 514 ist ausgeschlossen, wenn die gesundheitsschädlichen Räume im Verhältnisse zu der ganzen Wohnung von geringer Bedeutung sind. OLG. **2** 381 (Karlsruhe).

§ 545. Die Anzeigepflicht des Miethers beruht darauf, daß dieser, allerdings nur in beschränktem Maße, das Interesse des Eigenthümers wahrzunehmen hat. Ebbecke, Grundsätze 81.

Wenn der Miether dem Vermiether anzeigte, es sei an dem Miethgegenstand eine Neuherstellung erforderlich, die über das Maß der ihm obliegenden Ausbesserungen hinausgehe, so darf der Vermiether nicht einfach unthätig bleiben, wenn er selbst nicht beurtheilen kann, ob die Beseitigung des Mangels ihm oder dem Miether obliegt. Er muß vielmehr, um nicht gegen seine Verpflichtung als Vermiether zu verstoßen, in einem derartigen Falle durch einen Sachverständigen ermitteln lassen, welches die Ursache der hervorgetretenen Mängel ist. **RG.** SächsA. **12** 629 (dem Urtheile lag noch ALR. zu Grunde).

§ 549. 1. Abs. 1 S. 1. a) Die „Erlaubniß" ist nicht, wie Endemann (Einführung in das Studium des BGB. I 758 Anm. 5) meint, eine „Einwilligung" im Sinne des § 183 BGB.; der Miethvertrag zwischen Hauptmiether und Untermiether ist also gültig, unabhängig davon, ob die Erlaubniß ertheilt oder verweigert wird. So Planck (§ 549 Erl. 2), Oertmann (§ 549 Erl. 2), Mittelstein (Die Miethe 250, 2), Schubart a. a. O. 12, 13.

Die „Erlaubniß" kann nur dem Hauptmiether gegenüber ertheilt oder verweigert werden, während eine „Einwilligung" nach § 182 BGB. auch dem Untermiether gegenüber erklärt werden könnte. Planck (§ 549 Erl. 2), Schubart a. a. O. 13 Anm. 12.

Nach Niendorff, Miethrecht 179 darf dagegen der Vermiether die Erlaubniß auch dem Untermiether gegenüber aussprechen. Ebendaselbst wird angenommen, daß der Vermiether sich nur auf die Versagungsgründe berufen dürfe, die er sofort bei der Versagung vorgebracht hat.

Die „Erlaubniß" bedarf — bei Schriftlichkeit des Miethvertrags — der Schriftform, wenn sie nicht bezüglich konkreter Untermietherpersonen, sondern generell ertheilt wird. Schubart, 14 Anm. 14, 15.

b) Der Miether muß beweisen, daß er die Erlaubniß ordnungsmäßig nachgesucht, und daß der Vermiether sie verweigert hat. Der Vermiether muß dagegen beweisen, daß in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorlag. So Eck, Verträge über das Recht des BGB., 34; Schubart a. a. O. 20 f.

c) Schließt Jemand „als Inhaber der Firma X." einen Miethvertrag ab, so bedeutet dies nicht, daß der Vermiether verpflichtet ist, den Gebrauch der Räume Jedem, der die Firma X. führt, zu gewähren. OLG. **5** 369 (Kammergericht).

Auch die Uebertragung des Miethrechts im Ganzen fällt unter § 549. Ohne die Erlaubniß des Vermiethers zur Abtretung ist eine wirksame Zession ausgeschlossen. OLG. Frankfurt a. M., R. **02** 588.

2. Abs. 1 S. 2. Ungünstige Vermögensumstände des Dritten bilden keinen „wichtigen Grund". Schubart a. a. O. 19, 20. A. M. Fuld a. a. O. 107.

Verweigert ist die Erlaubniß, wenn sie auf ordnungsmäßige Nachsuchung nicht binnen angemessener Frist ertheilt ist. Zur ordnungsmäßigen Nachsuchung gehört, daß der Miether den Dritten, dem er die Sache überlassen will, hinlänglich bezeichnet, so daß der Vermiether je nach der Persönlichkeit des Dritten sich entschließen kann. Schubart 18.

Abs. 1 Satz 2 enthält nachgiebiges Recht. Müller, Seuff. Bl. **66** 25.

§ 550. Nach dem für die Vertragsauslegung geltenden Grundsatze von Treu und Glauben (§ 157) ist ein Miethvertrag im Zweifel dahin zu verstehen, daß ein Miether Handlungen, welche nach den allgemeinen Regeln des Nachbarrechts dem Nachbar gegenüber als rechtswidrig erscheinen, nicht vornehmen darf. Die trotzdem erfolgte Vornahme solcher Handlungen stellt sich als ein vertragswidriger Gebrauch des Miethgegenstandes dar. **RG. 47** 164; **JW. 01** 51; vgl. hierzu auch OLG. **2** 316 (KG.).

Wenn der Miether die Sache vertragswidrig benutzt und die Voraussetzungen des § 552 vorliegen, kann der Vermiether auch unter Ablehnung der weiteren Erfüllung (§ 280 Abs. 2, § 325 Abs. 1 S. 2), d. h. unter Aufhebung des Miethvertrags für die Zukunft Schadensersatz, wegen Nichterfüllung geltend machen. Schöller, Gruchots Beitr. **46** 281 ff.

Allein das prozessuale Klagerecht ist im § 550 normirt. Hellwig, Anspruch 395.

§ 552. § 552 ist nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, daß die Unmöglichkeit der Annahme einer Leistung den Gläubiger von der Gegenleistungspflicht nicht befreit. Kisch 16.

§ 553. 1. Der geschlechtliche Umgang unverheiratheter Personen mit einander kann nur dann dem Vermiether die Berechtigung geben, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, wenn damit in irgend einer Weise eine Beschädigung der Miethwohnung, sei es direkt durch übermäßige Beanspruchung der Wohnung oder indirekt durch Belästigung der anderen Miether verbunden ist. LG. I Berlin, KGBl. **12** 59.

Die Kündigung greift nur Platz, wenn in dem Untervermiethen ein subjektiv widerrechtliches Verhalten des Miethers vorliegt. So Planck, § 539 Erl. 1, Schubart a. a. O. 22; a. M. Cosack a. a. O. I 472, 2.

2. Die Abmahnung hat der Vermiether nach Mittelstein a. a. O. 140 N. 120, an seinen Miether, nach Oertmann, Kommentar, § 553 Erl. 2, an an den Dritten zu richten. Nach Schubart a. a. O. 25, hat er die Wahl, an welchen von Beiden er sie richten will.

Eine Klage auf Anerkennung, daß eine in Gemäßheit des § 553 erfolgte Abmachung seitens des Vermiethers ungerechtfertigt gewesen, weil der Miether keinen vertragswidrigen Gebrauch von den Miethlokalitäten gemacht habe, ist rechtlich unzulässig. Die Abmachung ist eine lediglich thatsächliche Bedingung des Kündigungsrechts aus § 553, die an sich ohne Einfluß auf das fortbestehende Miethverhältniß, weshalb der Miether kein rechtliches Interesse daran haben kann, ihre mögliche spätere Einwirkung auf das Miethverhältniß festgestellt zu sehen. LG. Frankfurt a. O., KGBl. **02** 115.

§ 554. 1. Abs. 1. Verzicht im Voraus auf das Kündigungsrecht ist unwirksam. Müller, Seuff. Bl. **66** 27.

Das Kündigungsrecht des Vermiethers kann nicht ausgeübt werden, wenn der Vermiether im Verzuge der Annahme ist. Rosenberg, Iherings J. **43** 290.

Ist in einem Vertrage bestimmt, daß der Vermiether, falls der Miethzins nicht rechtzeitig gezahlt wird, berechtigt ist, „den Vertrag mit dreitägiger Kündigungsfrist zu kündigen," so ist unter Kündigungsfrist diejenige Frist zu verstehen, welche zwischen der Erklärung der Kündigung und dem damit beabsichtigten Schluß des Vertrags einzuhalten ist, nicht aber die Frist zwischen Eintritt des Kündigungsgrundes und der Erklärung der Kündigung. Jedoch darf das dem Vermiether eingeräumte Kündigungsrecht nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht zu einem in die Willkür des Vermiethers gestellten, unbegrenzten Schwebezustand führen, sondern ist vielmehr innerhalb eines Zeitraums, der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zur Uebermittelung der

Kündigung an den Miether ausreicht, auszuüben. **RG.** JW. **02** 69. Vgl. oben Note 6 zu § 157.

2. Abs. 2. Kiehl, Gruchots Beitr. **45** 753 ff. An sich vermag die Aufrechnung das Exmissionsrecht entsprechenden Falles unwirksam zu machen. Geschieht indessen die Aufrechnungserklärung erst im Prozesse, dann wird nach dem gewöhnlichen Hergang eines solchen gegenüber den materiellen Bestimmungen der §§ 357, 554 BGB. die bezeichnete Wirkung regelmäßig ausbleiben. Vgl. oben N. 4 zu § 389.

Die unmittelbar nur für das gesetzliche Kündigungsrecht des § 554 Abs. 1 gegebene Vorschrift ist auch anwendbar, wenn dem Vermieter ein vertragsmäßiges Kündigungsrecht für den Fall zusteht, daß der Miether mit der Entrichtung des Miethzinses für einen Termin im Verzuge ist. OLG. **2** 217 (KG.).

§ 556. 1. Abs. 1. Als Zurückgabe der Wohnung ist es anzusehen, wenn der Miether nach Entfernung der eingebrachten Sachen die Schlüssel dem Vermiether zurückgiebt, wie auch, wenn er nur die Wohnung räumt und die Schlüssel in der offenen Wohnung zurückläßt. OLG. **5** 371 ff. (Hamburg).

Dem Vermiether und dem neuen Reflektanten auf die Miethsache muß von dem Miether die Vorzeigung bezw. Besichtigung der Miethsache gestattet werden. Liebing, Miethe und Pacht, Gieß. Diss. 1900 u. LG. I Berlin KGBl. **00** 89.

Ueber die Unterschiede zwischen der Räumungsklage auf Grund des Miethsvertrags und der auf Grund des Eigenthums vergleiche die Zusammenstellung bei Friedrich, Prozeßpraxis 595.

2. Abs. 3. a) Der Zweck der Norm ist nicht, das Kontraktsrecht des Vermiethers gegen den Aftermiether zu erstrecken, sondern zu bestimmen, daß dieser dem Vermiether die Sache erst nach der Beendigung des Miethverhältnisses herauszugeben braucht. Das Recht des Vermiethers, die Sache von dem Aftermiether zu verlangen, ergiebt sich schon aus § 1006 Abs. 3. Die Beschränkung dieses Rechtes durch § 556 Abs. 3 steht im Einklange mit § 486 Abs. 1 Satz 2. — Ebenso ist § 604 zu interpretiren. Hellwig, Verträge 421/2.

Im Gegensatze zu der Konstruktion Oertmann's, welcher im § 556 Abs. 3 eine gesetzliche (nothwendige) Schuldübernahme erblickt, nimmt Romeick, Zur Technik des BGB. Heft 2, 27 ff. eine abgeleitete Schuld in der Weise an, daß eine eigene ursprüngliche Verpflichtung des Dritten statuirt sei, um den Rückforderungsanspruch des Vermiethers zur Durchführung zu bringen.

b) Der Dritte braucht die zurückgeforderte Miethsache dem Vermiether nicht herauszugeben, sofern und solange der Miether wegen Verwendungen auf die Miethsache (§ 273, 2 BGB.) ein Zurückbehaltungsrecht hat. Schubart, a. a. O. 47.

c) Durch die Klage aus § 556 Abs. 3 wird die Miethsache „in Streit befangen" im Sinne des § 325 Abs. 1 CPO. (Schubart, a. a. O. 51.)

§ 557. Hier liegt keine Wahlschuld vor. (Chamizer, Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld 52 Note 2, gegen Leonhard, in Jherings J. **41** 2.)

§ 559. 1. Satz 1. Eingebrachte Sachen des Miethers. a) Gutgläubiger Erwerb an Sachen Dritter ist ausgeschlossen, weil auf die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts der § 1207 BGB. keine Anwendung findet, § 1257 BGB. (Mannhardt, R. **00** 296, Siber, Ges. Pfandr. 31 ff. A. A. Scherer, DJZ. **00** 202, Komm. z. Sachenr. § 1257 und LG. I Berlin, KGBl. **01** 55 ff., Francke, Seuff. Bl. **66** 41 ff. und 357 ff.: Das Pfandrecht ergreift die vom Miether eingebrachten Sachen, soweit sie nicht nachweislich Eigenthum eines Dritten sind.

b) Dem Vermiether haften nur die dem Miether gehörigen Sachen. Hierfür spricht schon der Wortlaut des § 559: „Sachen des Miethers". Der § 1257 findet nur Anwendung auf schon entstandene Pfandrechte, nicht auf den Er-

werb. (So auch Bieringer, JW. **01** 879 ff.). Außerdem schreibt § 1257 nur entsprechende Anwendung vor, läßt also die für das vertragsmäßige Faustpfandrecht bestehenden Vorschriften beim gesetzlichen Pfandrecht nur so weit gelten, als dies nach der besonderen Gestaltung möglich und zulässig ist. An den beiden Voraussetzungen: Besitzübergang vom Verpfänder auf den Gläubiger und Einigung bei der Pfandbestellung, fehlt es aber bei der Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts. Daher kann von einer entsprechenden Anwendung des Vermietherpfandrechts keine Rede sein. Brückner, R. **01** 525 ff.

Gleicher Ansicht unter derselben Begründung und dem Hinweise, daß der Gesetzgeber, der in den Motiven II 404 ff. ausdrücklich hervorhob, daß nur die dem Miether gehörigen Sachen dem Pfandrecht unterliegen sollten, bei Aenderung seines Willens auch den ursprünglichen Gesetzeswortlaut geändert haben würde OLG. Kolmar v. 25. Juli 1900 im SächsA. **12** 382 ff. und OLG. **3** 28 ff. Ebenso KG. v. 22. November 1900, OLG. **2** 80.

c) Da das Pfandrecht nur an den eingebrachten Sachen des Miethers besteht, ergreift es auch nicht, abweichend von der Deklaration v. 21. Juli 46 zu § 395 I. 21 Pr. Allg. Landr., die Illaten der Ehefrau, ebensowenig wie die eingebrachten Sachen der Kinder; auch die Sachen des Untermiethers haften dem Hauptvermiether nicht. Bendix, Privatr. 411.

d) Das Pfandrecht erstreckt sich nicht auf Sachen, an denen der Miether nur ein Mieth- oder Gesammteigenthum hat. Zustimmung des Miteigenthümers ändert daran nichts (Siber 29). Bei Umzug des Miethers geht das Pfandrecht des früheren Vermiethers vor (Siber 43). Bei beschränkter Geschäftsfähigkeit des Miethers bedarf die Einbringung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (Siber 33 ff.).

e) Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers erlischt ebenso wie das durch Rechtsgeschäft bestellte (§ 1257) mit der Forderung, für die es besteht. OLG. **5** 27 (Zweibrücken).

f) Das nach dem Rechte vor 1900, z. B. dem SächsBGB., bestandene Zurückhaltungsrecht des Vermiethers an den eingebrachten Sachen des Miethers hat sich mit dem Inkrafttreten des BGB. in ein gesetzliches Pfandrecht verwandelt. OLG. Dresden, SächsA. **12** 377 ff.

2. Satz 2. Dem Vermiether, welcher auf unbestimmte Zeit vermiethet hat, steht ein Pfandrecht wegen des Miethzinses für das laufende und das folgende Miethjahr zu. OLG. **3** 236 (Hamburg) und Seuff. A. **57** 56. Ebenso Neumann, Anm. 4b zu § 552. Vergl. auch OLG. Jena, R. **02** 507. Dagegen hat das OLG. Karlsruhe angenommen, daß sich das Pfandrecht des Vermiethers in einem solchen Falle auf die bis zum nächsten zulässigen Kündigungstermin erwachsene Miethzinsforderung beschränkt, da die Miethzinsforderungen für eine spätere Zeit rein von der Willkür beider Theile (Nichtkündigung) abhängen. DJZ. **02** 372.

Der Rang des Pfandrechts bestimmt sich bei stillschweigender Erneuerung des Miethvertrags erst von der Erneuerung an (Siber 11).

3. Satz 3. a) Die Vorschrift des § 559 letzter Satz erstreckt sich nicht vom 1. Januar 1900 ab sofort auf vorher entstandene Miethverhältnisse. Vielmehr ist Art. 171 EG. z. BGB. anzuwenden. OLG. **1** 4 ff. (Hamburg), ebenso Brückner, R. **00**, 115. Müller (Seuff. Bl. **66** 21) hält die Bestimmung für zwingend.

b) Das im § 559 BGB. normirte Pfandrecht des Vermiethers unterscheidet sich qualitativ wesentlich von dem dem Vermiether wegen seiner Ansprüche aus dem Miethverhältnisse vertragsmäßig eingeräumten Zurückbehaltungsrecht an den eingebrachten Sachen des Miethers. In Folge dessen greifen die legislatorischen

Erwägungen, die zu dem Erlasse des § 559 geführt haben, bei dem vertragsmäßigen Zurückbehaltungsrecht des Vermiethers nicht Platz, weshalb sich eine analoge Anwendung jener Bestimmung auf das letztere nicht rechtfertigt. Eine Vereinbarung des Schuldners mit seinem Gläubiger, durch welche jener dem letzteren auch an den unentbehrlichen, unpfändbaren Mobilien ein Zurückbehaltungsrecht einräumt, ist daher nicht unzulässig. Dem steht auch der § 811 CPO. nicht entgegen, da auch hieraus sich nicht das allgemeine Prinzip ableiten läßt, daß eine Handlung, welche dem zahlungsunfähigen Schuldner die unentbehrlichen Sachen entzieht, wider die guten Sitten verstoße. RG. in Straff. 35 154 ff.

Dagegen nehmen Brettner (R. 02 611) und Geiershöfer (R. 03 75) an, daß die §§ 811 CPO. und 559 Satz 3 BGB. derart zwingend sind, daß man seit der Wirksamkeit dieser neuerlichen Gesetzgebung die Unantastbarkeit des unentbehrlichen Mobiliars als sittliche Forderung, sonach gegen diese Unangreifbarkeit gerichtete Verträge als nichtig behandeln muß.

Ebenso auch Altvater, DJZ. 02 315, während Mittelstein, ebenda 386, in diesem Punkte dem RG. beitritt, dagegen aber meint, daß ein derartiges vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht dem Vermiether niemals ein besitzähnliches Recht gebe.

4. In Niendorff, Miethrecht 270 ff., wird dem Vermiether die Bereicherungsklage gewährt, wenn die seinem gesetzlichen Pfandrecht unterliegenden Sachen für einen Pfändungsgläubiger versteigert sind und diesem der Erlös ausgezahlt ist. Diese Ansicht wird sowohl aus § 1247, als §§ 812 ff. BGB. gefolgert.

Ebenso OLG. 3 357 (Stettin). A. A. Mittelstein, Miethe 205, Siber, Gesetzl. Pfandr. des Vermiethers, 45.

§ 560. Vorübergehende Entfernung eingebrachter Sachen zerstört das Pfandrecht nur, wenn die Sachen zugleich in den rechtserheblichen Machtbereich eines Dritten gelangen, z. B. in den Besitz des nach § 647 pfandberechtigten Werkunternehmers. Auf Entfernung von Sachen durch Pfändung des Gerichtsvollziehers (§ 805 CPO.) bezieht sich die Vorschrift überhaupt nicht (Siber 80 f.). Ebenso LG. Darmstadt R. 01 408.

Das Pfandrecht erlischt nicht bei Schuldübernahme, wie nach § 418 das bestellte Pfandrecht (Siber 79), nicht bei Abtretung der Miethforderung, auch nicht bei Veräußerung des Grundstücks, solange dem Veräußerer noch eine Miethforderung zusteht (Siber 75 ff.).

§ 561. 1. Abs. 1. Zurückbehaltung eingebrachter Sachen, die dem Pfandrechte nicht unterliegen, macht den Vermiether nicht, wie sonst bei Selbsthülfeüberschreitung (§ 231) unbedingt schadensersatzpflichtig, sondern nur in Folge von Vorsatz oder Fahrlässigkeit nach § 823 (Siber 56). Der Vermiether ist aber den Klagen aus Eigenthum, anderen dinglichen Rechten oder früherem Besitze (§ 1007), wie den Klagen aus Besitzentziehung und -störung nicht nur seitens Dritter, sondern auch seitens des Schuldners ausgesetzt, und er muß zur Begründung seines auf das gesetzliche Pfandrecht gestützten Selbsthülferechts stets auch das Eigenthum des Miethers an den eingebrachten Sachen beweisen, was ihm durch keine Rechtsvermuthung erleichtert wird (Siber 66 ff.). Doch wird der Miether als Besitzkläger nur mit substantiirtem, den angeblichen Eigenthümer namhaft machendem Leugnen seines Eigenthums zu hören und im Falle nichtsubstantiirten Leugnens als geständig zu behandeln sein (Siber 67 ff.).

2. Abs. 2 des § 561 findet gemäß Art. 171 EG. z. BGB. auf am 1. Januar 1900 bestehende Mieth- und Pachtverhältnisse keine Anwendung, indem zu dem Miethverhältniß auch das Pfandrecht des Vermiethers gehört. Hätte er im Interesse der Verkehrssicherheit rückwirkende Kraft haben sollen, so

hätte dies besonders ausgesprochen werden müssen. RG. 49 56 ff. u. JW. 01 645. Ebenso OLG. 4 43 (Hamburg), insbesondere bezüglich des Satzes 2 des Abs. 2 § 561, indem es allerdings Art. 171 nicht als maßgebend für die Frage ansieht, sondern vielmehr auf die dingliche Seite des Vermietherpfandrechts Art. 184 Anwendung finden läßt.

3. Abs. 2 Satz 1. Der Anspruch auf Zurückschaffung vom Grundstück entfernter Sachen geht auch gegen Dritte (Siber 57). Zur Begründung desselben gehört aber auch hier stets der Nachweis, daß der Miether Eigenthümer sei. Doch wird ebenso, wie im Falle des Abs. 1, der Schuldner oder ein Dritter, der erst nach der Einbringung Besitzer geworden ist, mit Leugnen des Eigenthums des Schuldners nur zu hören sein, wenn er einen Anderen als Eigenthümer namhaft macht (Siber 72 ff.).

4. Abs. 2 Satz 2. a) Siber a. a. O. 72 ff.: Zur Wahrung des Pfandrechts an Sachen, die unberechtigt vom Grundstück entfernt worden sind, ist innerhalb der einmonatigen Ausschlußfrist Klage auf Zurückschaffung zu erheben oder ein Vergleich im Sühneverfahren zu schließen; Ladung zum Sühneversuch oder Erwirkung einer einstweiligen Verfügung genügen nicht — ebensowenig Anerkennung des Anspruchs auf Zurückschaffung. — Werden die Sachen innerhalb der Ausschlußfrist gepfändet, so bleibt dem Vermiether nur ein Anspruch auf bevorzugte Befriedigung aus dem Erlöse (§ 805 CPO.), der bei Vermeidung des Verlustes gleichfalls innerhalb der Ausschlußfrist geltend zu machen ist. Werden dagegen die Sachen erst mit der Pfändung gemäß § 808 Abs. 2 CPO. vom Grundstück entfernt, so wird eine Ausschlußfrist gar nicht in Gang gesetzt, und das Recht auf bevorzugte Befriedigung aus dem Erlöse besteht bis zur Auszahlung des letzteren an den Pfändungsgläubiger fort.

b) Grünebaum, R. 02, 34: Die zur Wahrung des Vermietherpfandrechts im § 561 Abs. 2 Satz 2 vorgeschriebene „gerichtliche Geltendmachung" des Anspruchs auf Zurückschaffung der wider Willen oder ohne Wissen des Vermiethers entfernten Sachen und auf Ueberlassung des Besitzes bei Auszug des Miethers ist nicht beschränkt auf „Geltendmachung durch Klagerhebung", sondern ein weiterer Begriff. § 209 BGB. ist zur Erläuterung heranzuziehen; die hierin genannten Arten gerichtlicher Geltendmachung müssen auch für den Fall des § 561 Abs. 2 Satz 2 genügen.

Im Falle des Konkurses des Miethers und der Entfernung der Sachen durch den Konkursverwalter gemäß § 127 KO. ist die Einhaltung der Monatsfrist des § 561 Abs. 2 Satz 2 bei der Geltendmachung des Absonderungsrechts nicht erforderlich. Denn nach § 127 Abs. 1 Satz 2 KO. muß der Vermiether — entgegen dem § 561 BGB. — sich die Fortschaffung der Sachen durch den Konkursverwalter zwecks Verwerthung gefallen lassen und hat nur einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse. Die im § 561 Abs. 2 Satz 2 BGB. vorgeschriebene Monatsfrist für die Geltendmachung bezieht sich aber nur auf den Anspruch des § 561 Abs. 2 Satz 1 auf Zurückschaffung der Sachen bezw. Ueberlassung des Besitzes. Da ein solcher Anspruch aber im Konkurse nicht besteht, so paßt § 561 Abs. 2 Satz 2 für den Konkurs überhaupt nicht; die Geltendmachung des Absonderungsrechts folgt also lediglich den §§ 138 ff. KO.

c) Als gerichtliche Geltendmachung im Sinne des Abs. 2 S. 2 des § 561 ist auch die Stellung des Antrags auf Hinterlegung des Erlöses beim Vollstreckungsgericht anzusehen. OLG. 3 357 (Stettin).

d) Nach Ablauf der Frist von einem Monat hat der Vermiether gegen den Vollstreckungsgläubiger keinerlei Recht mehr, auch keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812. Siber 45 f.

§ 562 Halbs. 2. Wird die für einzelne Sachen in Höhe ihres Werthes geleistete Sicherheit ohne Schuld des Vermiethers unzureichend und nicht vom Schuldner gemäß § 240 ergänzt oder ersetzt, so lebt das mit ihrer Leistung erloschene Pfandrecht wieder auf, und zwar (arg. § 161 Abs. 2) mit dem früheren Range. Siber 84 ff.

Ein Mißbrauch der Sicherheitsleistung zur Befreiung von eingebrachten Sachen, die eine erhebliche Werthsteigerung erwarten lassen, namentlich des lebenden Pachtinventars, ist nur dadurch zu hindern, daß Ausschluß des Rechtes zur Sicherheitsleistung vereinbart wird. Siber 86 f.

§ 563. Ist der Vermiether gemäß § 561 Abs. 1 oder § 1231 in Verbindung mit § 1257 in den Besitz der Pfandsachen gelangt, so können diese nach §§ 805, 808, 809 CPO. für Dritte ohne seine Zustimmung auch dann nicht gepfändet werden, wenn sein Pfandrecht nur für ältere, als im letzten Jahre vor der Pfändung erwachsene Miethzinsansprüche besteht (S. 46). Ist er nicht im Besitze der Pfandsachen, so hat er nur ein Recht auf bevorzugte Befriedigung aus dem Erlöse nach § 805 CPO. Siber 45 f.

§ 564. Die Kündigung ist eine einseitige, der Annahme durch den Miether nicht bedürftige und in ihrer Wirkung von seinem Willen unabhängige Willenserklärung. **RG.** JW. **02** 596.

§ 565. 1. Ob eine verspätete Kündigung ganz unwirksam ist oder ob in ihr eine rechtzeitige Kündigung für den nächsten zulässigen Termin gefunden werden kann, ist nach den Umständen des Falles zu entscheiden. Planck, Note 2 letzter Absatz. Dagegen nimmt Endemann § 170 Anm. 6 an, daß eine verspätete Kündigung stets völlig unwirksam sei.

2. In Niendorff, Miethrecht 225, wird die „Kündigung am dritten Werktage" — abweichend von Fuld, Fränkel u. A. — dahin ausgelegt, daß, abgesehen von Sonn- und Festtagen, drei Werktage verflossen sein müssen, ehe das Kündigungsrecht verloren sei. Dagegen kann eine Kündigung, die nach Satz 2 „spätestens am 15. erfolgen muß", nicht mehr am 16. erfolgen, auch wenn der 15. ein Sonntag ist.

Auf vereinbarte Fristen ist die Bestimmung des § 565 nicht anwendbar. Mittelstein 233. A. M. Fuld 149.

3. Die Vertragsklausel „Verkauf des Hauses bricht den Miethvertrag bei halbjähriger Kündigung" ist im Zweifel dahin zu verstehen, daß die ortsübliche Kündigungsfrist auf ein halbes Jahr verlängert, daß an den ortsüblichen Kündigungsterminen aber nichts geändert werden sollte. Wollte man annehmen, daß nach dieser Klausel auch zu anderen als den ortsüblichen Kündigungsterminen gekündigt werden könnte, so würde dem Miether oft nicht einmal die ortsübliche Frist zwischen Kündigungstag und gesetzlichem Ziehtermine zustehen. OLG. **2** 481 ff. (Hamburg).

§ 566. 1. Da die Zeitbestimmung des mündlichen, über mehr als 1 Jahr geschlossenen Miethvertrags als solche ungültig ist, so kann auch das Versprechen, eine Urkunde auszustellen, den Vertrag also rechtsgültig schließen zu wollen, keine Klage erzeugen. OLG. **2** 482 (Hamburg).

2. In Niendorff, Miethrecht 54, wird die Streitfrage, ob mündliche Abreden neben einem schriftlichen Miethvertrage gelten, bejaht, weil er auch mündlich gültig geschlossen werden kann und deshalb gestattet sein muß, ihn theils mündlich theils schriftlich zu schließen; der Vertrag kann aber jetzt nicht mehr als schriftlich abgeschlossen angesehen werden, sondern gilt nur für unbestimmte Zeit. KG., R. **02** 99: Mündliche Abreden in Bezug auf den künftigen Abschluß eines Miethvertrags über ein Grundstück sind dann nichtig, wenn dieselben in dem rechtsgeschäftlich vorbehaltenen schriftlichen Vertrage keine Aufnahme gefunden

haben. Vgl. auch Guttmann, R. **02** 345, Die Dauer der Grundstücks-Miethverträge als Voraussetzung ihrer Formbedürftigkeit.

§ 567. 1. Satz 1 enthält zwingendes Recht. Müller, Seuff. Bl. **66** 21; er hat rückwirkende Kraft, da Art. 171 und die darin vorgesehene Kündigung hier nicht anwendbar ist und in Folge dessen der Zweck dieser Gesetzesvorschrift in Ansehung der am 1. Januar 1900 bereits bestehenden Miethverhältnisse ohne Rückwirkung nicht erreicht werden könnte. Brückner, R. **00** 116.

2. Auf Wegebenutzungszustimmungsverträge gemäß § 6 des preuß. Kleinbahngesetzes vom 28. Juli 1892 findet § 567 keine Anwendung. Hier begründet der Wegeherr gewisse Benutzungsarten, welche zur Förderung des Gemeinwohls zweckmäßig erscheinen, weshalb die Besorgniß nicht vorliegt, daß mißbräuchlich dauernde Nutzungsrechte geschaffen werden und damit ungesunde wirthschaftliche Zustände im Volksleben entstehen würden. Hilse, Egers eisenb. E. u. A. **17** 175.

§ 568. Die für den Fall der Nichtkündigung vereinbarte Verlängerung des Miethvertrags bildet keinen neuen Vertrag, es besteht deshalb das auf Grund des ursprünglichen Vertrags entstandene Vermietherpfandrecht auch für die neuen Forderungen des Vermiethers aus der Verlängerung. OLG. **4** 42 (KG.), vgl. hierzu auch LG. Dresden R. **01** 559.

§ 569. Haben Mehrere zusammen gemiethet, so findet im Falle des Todes des Einen weder für oder gegen den Ueberlebenden noch für oder gegen die Erben des Verstorbenen ein Kündigungsrecht statt. Planck, Note 3. A. M. Fränkel, Miethe 68.

In Niendorff, Miethrecht 236, wird der Ansicht Planck's entgegengetreten, als ob der Erbe, auch wenn der Miether am dritten Werktag eines Quartals stirbt, sofort zu kündigen habe. Im Anschlusse hieran wird ausgeführt, daß der Erbe sich auf Erfordern durch Erbschein ausweisen muß, daß mehrere Erben gemeinschaftlich zu kündigen haben und daß sie bei unterlassener Kündigung nur als Erben, nicht für ihre Person dem Vermiether haften.

§ 569 enthält nichtzwingendes Recht. Müller, Seuff. Bl. **66** 25.

§ 571. 1. Miethe ein dingliches Recht? a) Der Grundstücksmiether hat kein dingliches Recht. § 571 setzt voraus, daß der Miether sich zur Zeit des Eigenthumsüberganges im Besitze befindet oder daß er sich nach den Besitzgrundsätzen (§§ 858/9) den Besitz wieder verschaffen kann. (Hellwig 424/6.) — Trotz der Veräußerung bleibt zunächst das Miethverhältniß zwischen dem Veräußerer und dem Vermiether bestehen. Die Folge ist nur, daß die in der Zukunft entstehenden Rechte ausschließlich für den Erwerber entstehen (Analogie: HGB. §§ 25, 28) und daß wegen der zukünftigen Verpflichtungen auch der Erwerber haftet. Der Veräußerer haftet wie ein Bürge, er ist aber nicht Bürge für eine fremde Schuld (427 ff.) Es giebt auch Verpflichtungen, für welche der Vermiether allein haftet (436 ff.).

Der Miether hat kein dingliches Recht am Grundstück, auch kein jus ad rem im Sinne des Pr.ALR. Die Miethe ist jedoch eine sog. Zustandsobligation, zufolge deren der Erwerber kraft Gesetzes in alle während der Dauer seines Eigenthums aus dem Miethverhältnisse sich ergebenden Rechte und Verbindlichkeiten eintritt, die Dauer dieser Rechtswirkung aber an das Eigenthum am Grundstücke gebunden ist. Gleichwohl haftet er, solange ihm das Grundstück gehört, nicht bloß mit diesem, sondern mit seinem gesammten Vermögen. Tränkner, SächsA. **9** 157 ff.

Crome meint, von einer dinglichen Natur der Miethe auf Grund der stattgefundenen Ueberlassung der Miethsache sei nach dem BGB. keine Rede, weder bei Grundstücken noch bei beweglichen Sachen. Die Ueberlassung des Besitzes

gewähre auch keineswegs dem Miether Schutz in seinem Rechte gegen Jedermann. (Iherings J. 37 1 ff.)

Gegen die dingliche Natur ist auch Schollmeyer (Das Recht d. einz. Schuldverhältnisse 51), der meint, Miethe und Pacht seien „zu Zustandsobligationsverhältnissen erklärt"; ferner König, Hat der Grundstücksmiether ein dingliches Recht?

b) Ein dingliches Miethrecht für den Fall der erfolgten Uebergabe des Miethgrundstücks nimmt im Gegensatze zu der herrschenden Lehre an Cosack, Lehrb. (00) II 280 ff. insbesondere 282. Vgl. auch Fuchs, Grundbuchrecht 35, Scherer 770.

Ebenso meint Meisner (Kommentar z. Recht der Schuldv. zu § 571, 163), das Recht des Miethers oder Pächters nach erlangtem Mieth- oder Pachtbesitze sei grundsätzlich und regelmäßig gegen jeden Dritten geschützt und damit als ein dingliches charakterisirt.

Fischer (Das Sachenrecht 50): die Miethe habe, auch ohne Eintragung, dingliche Wirkung.

Auch Fuchs, Gruchots Beitr. 46 566 ff., der in der Absolutheit des Klagschutzes das Dinglichkeitskriterium erblickt. Da er dem Miether ein eigenes, petitorisches Klagrecht auch gegen den unbefugten Dritten giebt, hält er das Miethrecht für ein dingliches Recht. Gegen ihn wendet sich Eccius, ebenda, 572 ff., nach dem das Miethrecht nur ein relatives, freilich in seiner Wirksamkeit über die Pflicht des ursprünglichen Schuldners hinaus wirkendes Recht ist.

c) Praxis zu dieser Frage. OLG. Köln: Die Miethe ist nicht ein dingliches oder quasidingliches Recht mit konfessorischer Klage des Miethers gegen jeden dritten Verletzer seines Miethrechts. JW. 02 Beil. 192. Denselben Standpunkt vertritt das KG. in OLG. 4 482 und KGJ. 24 A 121.

2. a) Zimmermann, Rechtswirkungen der Veräußerung des vermietheten Grundstücks 53 ff.: Der Vermiether behält das gesetzliche Pfandrecht zu Gunsten seiner noch vorhandenen Ansprüche aus dem Miethverhältnisse. Sein Pfandrecht hat Vorrang vor demjenigen des Erwerbers. — Für den Eintritt des Erwerbers in das Miethverhältniß ist ausschließlich der Zeitpunkt des Eigenthumsüberganges ohne Rücksicht auf die Zeit der Grundstücksübergabe maßgebend (25).

b) Crome a. a. O. 34: Voraussetzung des Mietherschutzes gegenüber dem Erwerber ist nicht, daß sich der Miether dauernd, also noch im Zeitpunkte des Erwerbes des Dritten im Besitze des Grundstücks befindet, sondern daß ihm nur überhaupt einmal auf Grund des Miethvertrags der Besitz vom Vermiether überlassen worden ist (ebenso Zimmermann 7 ff.)

Der Eintritt des Erwerbers ist auf die sich während der Dauer seines Eigenthums aus dem Miethsverhältniß ergebenden Rechte und Verpflichtungen beschränkt. Wie der Erwerber nicht die aus der früheren Zeit noch rückständigen Miethzinsen in eigenem Namen beitreiben kann, so haftet er auch nicht für Entschädigungsansprüche des Miethers, die aus jener Zeit gegen den ursprünglichen Vermiether bereits begründet waren. Seine Haftung beschränkt sich auf das, was er auf Grund des Miethvertrags selbst thun, resp. leisten müßte und nun unterläßt. (Crome 37.)

Der Erwerber haftet für die Erfüllung seiner Verpflichtungen nicht nur mit dem Grundstücke, sondern mit seinem ganzen Vermögen. (Crome 41.)

c) Kah, Puchelts Z. 30 353: Im Anschluß an Crome, Iherings J. 37 38: Der Erwerber schließt hier nicht einen neuen Miethvertrag ab, sondern er tritt durch Vertrag mit dem Vermiether in dessen Rechtsstellung aus der Miethe ein, während der Miether diesem Vertrage fern bleibt. Es besteht eine Anomalie der unmittelbaren Succession in die aktive und passive Seite eines Schuldverhältnisses,

mit peinlicher Beschränkung kraft Gesetzes. Es handelt sich hier um eine über das bisherige Recht hinausgehende Spezialvorschrift; doch erfährt die Verpflichtung des Erwerbers eine wesentliche Abschwächung insofern, als in Ermangelung eines schriftlichen Miethvertrags das Miethverhältniß nach § 566 zum Erlöschen gebracht werden kann. Arg. § 580.

d. Der neue Eigenthümer ist Rechtsnachfolger des Vermiethers. Hellwig, Rechtskraft 243 Note 6, 329 Note 4.

Der Erwerber kann den Miethzins nicht einfordern, wenn der Miether zur Zahlung rechtskräftig verurtheilt ist, aber der Miether kann sich dem Erwerber gegenüber nicht auf die Abweisung des Klägers und noch weniger auf die Rechtshängigkeit des Prozesses berufen. Hellwig a. a. O. 394.

3. Abs. 2 S. 1. Die selbstschuldnerische Bürgenhaftung des Vermiethers wird existent in dem Augenblicke, wo der Erwerber Eigenthümer des Grundstücks wird, wirksam jedoch erst, wenn dieser seinen Verpflichtungen thatsächlich nicht nachkommt. Katzenstein, „Kauf bricht nicht Miethe“ 33.

4. Abs. 2 Satz 2. Kündigt der Miether im Falle des § 571 Abs. 2 Satz 2 am ersten zulässigen Termine, so dauert die Haftung des Vermiethers so lange wie das Miethverhältniß; kündigt er nicht, so dauert sie bis zum ersten zulässigen Kündigungstermin, ihr Ende kann aber nicht schon für den Tag der Kenntnißerlangung zurückdatirt werden. Katzenstein 36.

Unterläßt der Miether die Kündigung für den ersten Termin, so erlischt die Bürgschaftshaftung des Vermiethers nur für die Zukunft und zwar erst von dem Tage ab, für welchen, nicht von dem Tage ab, an welchem erstmals gekündigt werden konnte. Zimmermann a. a. O. 59 ff.

Sind ungleichartige Kündigungsfristen vereinbart, so ist als erster Termin derjenige zu erachten, für welchen der Miether und der Erwerber erstmals kündigen kann. 64 ff.

Die Gestaltung des zwischen dem Erwerber und dem Miether bestehenden Rechtsverhältnisses zu einem Vertragsverhältnisse bringt die Haftung des Vermiethers nicht zum Erlöschen. 65 ff.

5. Brückmann (vgl. zu Art. 171 EG.) SächsA. **11** 576 ff.: Die sog. außerordentlichen Beendigungsarten fallen nicht unter den § 571 Abs. 2 Satz 2.

Rönnberg, A.bürgR. **17** 78 ff. führt aus, daß an sich der Erwerber bis zu dem im § 571 Abs. 2 Satz 2 bestimmten Termine nur in „die Rechte und Verpflichtungen aus dem Miethverhältnisse“, nicht in „das Miethverhältniß“ selbst eintrete; indeß könne bis zu diesem Termin eine Kündigung neben dem Vermiether auch dem Erwerber gegenüber wirksam erfolgen, weil eben der Erwerber in die „Rechte“ des Vermiethers eingetreten sei. Anders Zimmermann 47.

Die im § 571 Abs. 2 Satz 2 vorgesehene „Mittheilung“ des Vermiethers entspricht der „Mittheilung“ des § 410 Abs. 2; die Unterlassung der Kündigung seitens des Miethers ersetzt seine Genehmigung, ebenso wie im Falle des § 416.

§ 572. 1. Dem Miether steht kein Klagerecht auf Abgabe der Sicherheit an den Erwerber zu. Katzenstein 31; a. M. Fränkel.

2. Die Miethzinsforderungen entstehen erst durch die periodenmäßige Gebrauchsgewährung, nicht schon durch die Eingehung des Miethverhältnisses; die nach dem Eigenthumsübergang entstehenden Raten entstehen direkt für den Erwerber (keine cessio legis!); Zessionen (und Pfändungen) des Vermiethers für diese Zeit sind Vorausverfügungen, welche konvaleszieren können (nach der Regel des § 185, schlechthin aber nach der lex singularis des § 573 Satz 2). Zessionen, die der Veräußerer nach dem Eigenthumsübergange vornimmt, sind nichtig. Auf

Zahlungen des Miethers an den Zessionar ist § 408 analog anzuwenden. Hellwig 433.

§ 573. 1. Ueber Rambohr, Gruchots Beitr. **44** 677 s. o. zu § 406 Ziff. 1.

2. Verfügung. Das Wort „Verfügung" ist nur von rechtsgeschäftlichen Dispositionen des Vermiethers zu verstehen, nicht auch von wider seinen Willen gegen ihn vorgenommenen Pfändungen, Miethebeschlagnahmen u. s. w. LG. Hamb., HansGZ. **01** 219. Ebenso Reinhard, SächsA. **12** 134 ff., weil für eine im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Verfügung die wirthschaftlichen Erwägungen nicht zutreffen, die für die Fälle der rechtsgeschäftlichen Verfügung maßgebend sind (Interesse des Vermiethers und präsumtive Unschädlichkeit) und weil sie ferner ihre juristische Rechtfertigung im guten Glauben des Pfändungspfandgläubigers, der rechtlich unerheblich ist, nicht findet.

Gleicher Ansicht Bendix, JW. **02** 58 ff. Der Grundstückserwerber hat die vor der Auflassung erfolgte Pfändung eines Gläubigers, soweit sie sich auf den nach dem Eigenthumserwerbe fälligen Mieth(Pacht)zins erstreckt, nicht gegen sich gelten zu lassen, da hier unter Verfügung nur die rechtsgeschäftliche, nicht diejenige, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes zu verstehen ist, im Gegensatze z. B. zu § 1124. Ebenso erachtet Zimmermann a. O. 31 f. eine solche Pfändung dem Grundstückserwerber gegenüber als unwirksam.

Dagegen hat OLG. **3** 358 (Kiel) angenommen, daß unter „Verfügung" auch die gerichtliche Ueberweisung der Miethen zu verstehen sei, weil der neue Erwerber zweifellos gegen sich gelten lassen müsse, wenn sein Rechtsvorgänger durch gerichtliches Urtheil zur Abgabe der rechtsgeschäftlichen Erklärung verurtheilt wird. Ebenso im Ergebniß OLG. **4** 229 (Dresden). Auf demselben Standpunkte Lafrenz JW. **02**, 352 ff. und Kuhn JW. **02** 238.

§ 574. Eine dem Miethvertrag entsprechende Vorauszahlung muß der Erwerber uneingeschränkt gegen sich gelten lassen. Zimmermann a. a. O. 35 ff. im Anschluß an Schollmeyer.

Auch wenn die Entrichtung des Miethzinses für eine spätere Zeit als das Kalendervierteljahr, in welchem der Miether von dem Uebergange des Eigenthums Kenntniß erlangt, und das folgende Vierteljahr auf Grund des ursprünglichen Miethvertrags erfolgt ist, findet § 574 Anwendung. Katzenstein 45; a. M. Schollmeyer.

Vorausverfügungen, welche der Vermiether mit dem Miether trifft, affiziren das (prinzipiell für den Erwerber maßgebende) Miethverhältniß. Es ist lex singularis, wenn § 574 Satz 1 sie in gewissem Umfang als unwirksam bezeichnet; der Erwerber hat die Beweislast. Verfügungen, die der Veräußerer nach dem Eigenthumsübergange trifft, sind prinzipiell nichtig und nur aus analogen Gründen, wie sie für § 407 maßgebend sind, ausnahmsweise gültig. Hellwig 431 f.

§ 576. Der Miether ist nicht verpflichtet, an einen ihm vom Vermiether irrthümlich bezeichneten neuen Erwerber zu zahlen. Katzenstein 52. Ebenso Zimmermann 44; a. M. Fränkel u. Fuld.

§ 577. Im Falle des § 577 Satz 1 tritt die reine akzessorische Sukzession in die obligatorische Miethverpflichtung ein (analog zu § 419), soweit es sich um die Nichtstörung im Gebrauche handelt. Die im Falle des Satz 1 eintretende weitergehende Wirkung erlischt, wenn das jus in re aliena wegfällt: Die Miethobligation ist wieder ebenso wirksam, wie sie es früher war, falls nicht inzwischen das Miethverhältniß geändert wurde. Hellwig 435 f., auch bezüglich des Falles, daß dem Einen ein dingliches Recht bestellt, an einen Anderen das Eigenthum veräußert wird.

§ 578. Der Miether hat ein direktes Klagerecht gegen den Erwerber, der die aus dem Miethverhältnisse sich ergebenden Verpflichtungen dem Vermiether gegenüber übernommen hat und sie nicht erfüllt. Katzenstein 64. Hat der Erwerber diese jedoch nicht übernommen, so ist er an den Miethvertrag nicht gebunden. OLG. Celle Seuff. A. **56** 263.

Die hier vorausgesetzte Erfüllungsübernahme wird erst dann wirksam, wenn der Käufer das Eigenthum u. s. w. grundbuchmäßig erwirbt und nur auf so lange, als er Eigenthümer bleibt. Der Erwerber haftet nicht aus der Erfüllungsübernahme, sondern aus den Miethverpflichtungen. Jene ersetzt den Besitz des Miethers. Die Schuldsukzession ist auch hier nur eine kumulative, keine privative. Hellwig 438 ff.

§ 579 Der erste Erwerber haftet nicht subsidiär nach § 571 Abs. 2. Katzenstein 65; a. M. Meisner u. Vogel.

Der Erwerber haftet an sich nur so lange, als sein Eigenthums- oder dingliches Recht dauert. Veräußert er weiter, so ist er nicht mehr verhaftet und nicht mehr berechtigt, dagegen ist der Vermiether Subjekt des Miethverhältnisses geblieben, ihn trifft also die Kontraktsverpflichtung auch bezüglich der Nachfolger. Ebenso Zimmermann 68. — Anders ist es, wenn der Erwerber unter Befreiung des Vermiethers auch in das Miethverhältniß eingetreten ist. Dann haftet der weiterveräußernde erste Erwerber nach § 571 Abs. 2.

Satz 2. Dem „Vermiether" steht ein späterer Eigenthümer gleich, der den Miethvertrag positiv bestätigt hat. Cosack, Lehrb. II 285.

Der erste Erwerber haftet nicht nach § 571 Abs. 2, auch nicht subsidiär. Planck Note zu § 579. Neumann Note 2. A. M. Fischer-Henle und Meisner, welche eine subsidiäre Haftung des ersten Erwerbers annehmen.

§ 580. Raum, Wohnraum, Wohnung im Sinne dieses und des § 544 ist nur ein unbeweglicher Raum, nicht das Innere beweglicher Sachen. Siber 8 f.

Wer in Ansehung einer Sache zur Vormiethe berechtigt ist, kann das Vormiethrecht ausüben, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Miethvertrag abgeschlossen hat.

Die Ausübung des Vormiethrechts erfolgt durch Erklärung, sowohl dem Verpflichteten, als auch dem Dritten gegenüber.

Auf die Vormiethe finden die Vorschriften über die Miethe Anwendung; die Vorschriften über den Vorkauf finden entsprechende Anwendung. Vgl. Bruck, Die Vormiethe, A.bürgR. **20** 33 ff.

„Räume" im Sinne des § 580, als Theile einer unbeweglichen Sache, nicht als Theile eines transportablen Schrankes sind auch die Tresorfächer. Brückner, R. **02** 252. A. M. Hancke, DJZ. **00** 389, weil der Schrank nicht Bestandtheil, sondern Zubehör des Bankgebäudes sei.

II. Pacht.

§ 581. 1. Gegenstand des Pachtvertrags kann der Betrieb eines Geschäfts sein, wobei dann die Benutzung der bestehenden Geschäftsverbindungen, der Kundschaft, der Bezugs- und Absatzquellen, des Inventars, des Lokals, der Firma u. s. w. dem Pächter überlassen wird. OLG. Braunschw. Seuff. A. **56** 307. Ebenso Kuhlenbeck, Pachtvertrag JW. **02** 553 ff.

2. Allerdings regelt sich das durch die Verpachtung einer Jagd begründete Rechtsverhältniß nach den Grundsätzen des BGB. über die Pacht, dennoch aber ist der Jagdpachtvertrag nicht der Bestimmung des § 566, welche sich über die Nothwendigkeit der Schriftform bei Miethverträgen über Grundstücke ausspricht, zu unterstellen, weil die Vorschriften des BGB. über die Miethe dieses Rechtsverhältniß nur insoweit kennen, als Sachen den Gegenstand desselben bilden.

RG. v. 9. 5. 02 **51** 279 ff. Dagegen hatte das KG. am 28. 10. 01 angenommen, daß der Jagdpachtvertrag an sich der Formvorschrift des § 566 unterliege. OLG. **4** 44 ff. A. M. Ritter, R. **01** 229 ff. gegen Böhm, ebenda **01** 142.

3. Pacht oder Miethe? Bilden theils Sachen, theils Rechte (Holzgerechtsame) den Gegenstand des Vertrags und sind die Objekte theils zum Gebrauche, theils zum Fruchtgenuß überlassen, so hängt die Entscheidung, ob Miethe oder Pacht vorliegt, davon ab, welcher Gegenstand sich im Sinne des Vertrags als Hauptsache darstellt. OLG. **5** 23 ff. (Braunschweig).

§ 585. Das Pfandrecht des Verpächters an den Früchten des Grundstücks erstreckt sich auf „bürgerliche" Früchte (Siber 15), und auf natürliche Früchte auch dann, wenn diese mit der Trennung Eigenthum eines Dritten werden; doch kann der Dritte in seltenen Fällen nach dem Satze „Hand muß Hand wahren" (§ 957) geschützt sein (Siber 19 f.).

§ 588. Der Pächter trägt, falls Rückgewähr des Inventars und Pachtbeendigung nicht zusammenfallen, die Gefahr bis zur thatsächlich erfolgten Rückgewähr, da erst hiermit das Pachtverhältniß vollständig erledigt ist. Cuno, Gefahrübergang 62 ff.

§ 590. Das Pfandrecht des Pächters ist unabhängig vom Eigenthume des Verpächters. Siber 32. A. M. Mannhardt, R. **00** 297.

§ 593. Die Vorschrift, daß der Pächter eines Landguts zur Zurücklassung der zur Fortführung der Wirthschaft nöthigen Früchte und des vorhandenen, auf dem Gute gewonnenen Düngers verpflichtet ist, enthält nachgiebiges Recht. Müller, Seuff. Bl. **66** 22.

§ 596. Ist die Afterverpachtung vertraglich verboten, so ist dem Sinne gemäß anzunehmen, daß dem Pächter nur untersagt sein soll, vertragsmäßig einem Dritten zu gestatten, an seiner, des Pächters Stelle nach eigenem Ermessen und kraft eigenen Rechtes als Nutzungsberechtigter auf der Pachtstelle oder einem Theile derselben zu schalten. Dagegen ist ihm nicht verboten, überhaupt andere Personen oder deren Sachen auf dem Grundstücke zu dulden, mithin auch Dritten einen Theil des Pachtgrundstücks unentgeltlich zur Benutzung zu überlassen. OLG. **1** 405 ff. (Oldenb.).

§ 597. Ueber „Vorpacht" vgl. Bruck, Die Vormiethe, A.bürgR. **20** 33 ff. Reuter, DJZ. **00** 478: § 597 soll nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Pächter trotz des erklärten entgegenstehenden Willens des Verpächters die Sache nach Beendigung des Pachtverhältnisses nicht zurückgiebt. Die reconductio tacita sollte hierdurch nicht ausgeschlossen werden, ihre Zulässigkeit ist auch aus § 581 Abs. 2 zu folgern, wonach § 568 entsprechende Anwendung findet.

Vierter Titel.

Leihe.

§ 602. Wird eine geliehene Sache im beschädigten Zustande zurückgegeben, so hat der Verleiher nur das Vorhandensein des beschädigten Zustandes unter Darlegung des entstandenen Schadens zur Begründung seiner Ersatzklage zu behaupten und zu beweisen. OLG. Jena, R. **02** 588 (vgl. oben § 282).

§ 604. 1. Abs. 3. Ueberläßt Jemand einem Anderen eine Sache, zu deren Verwerthung er keine Gelegenheit hatte, zum Gebrauch unentgeltlich so lange, bis sich eine Verwerthungsgelegenheit findet (leer stehende Wohnung), so liegt keine Schenkung, sondern Prekarium vor. RG. SächsA. **10** 246.

2. Abs. 4. Rometsch, Zur Technik des BGB. Heft 2 27 ff. meint, daß hier eine eigene ursprüngliche Verpflichtung des Dritten statuirt sei, ebenso wie im Falle des § 556 Abs. 3 (vgl. oben Note 2 zu § 556).

Fünfter Titel.
Darlehen.

§ 607. 1. Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschr. f. d. Rechtsgeschäfte 194 führt aus, daß es noch andere Formen des Darlehensschlusses gebe, als im § 607 geregelt werden. Würde A z. B. von ihm gestohlenes Gut dem B zu eigen geben, so könnte der frühere Eigenthümer C mit P den Vertrag schließen, daß B jene Geldsumme dem C als Darlehen schulden solle. Hier würde weder Abs. 1 noch Abs. 2 von § 607 vorliegen, und dennoch ist zweifellos ein Darlehen zu Stande gekommen.

192 f. a. a. O. legt Manigk dar, daß das corpus der Realgeschäfte, zu denen das Darlehen gehört, niemals eine Handlung zu sein brauche. In Bezug auf jede bereits im Eigenthum einer Person befindliche Summe könnte ein Darlehen geschlossen werden. Die Summe braucht nicht gemäß Abs. 2 aus einem anderen Titel geschuldet zu sein.

2. Abs. 2. Es soll hier nicht positiv bestimmt werden, daß durch die Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen ein materielles Darlehen, durch fingirte Hin- und Rückzahlung oder Aufrechnung, begründet werde. Es soll lediglich bestimmt werden, daß die Vereinbarung, das Geld als Darlehen schulden zu wollen, gültig und an sich das Fundament einer Darlehensklage abzugeben geeignet sei. Es wird neben dem materiellen Darlehensvertrage, dessen causa eine wirkliche Hingabe der Darlehensvaluta ist, ein formeller Darlehensvertrag anerkannt, dessen materielle Natur vom Gesetze nicht bestimmt wird, vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen ist.

An sich möglich sind, wie auch die Rechtsprechung ergiebt, drei Auffassungen dieses formellen Darlehensvertrags: Entweder es liegt eine bloße Vereinbarung über Stundung, Kündigung, Verzinsung oder sonstige Nebenpunkte der materiellen Schuld vor; oder es wird eine selbständige Schuldverbindlichkeit begründet, die akzessorisch sein oder mit novatorischer Kraft ausgestattet sein kann; oder es wird ein materielles Darlehen konstituirt. Welche Auffassung im konkreten Falle die zutreffende ist, darüber entscheidet der aus den jeweiligen Umständen zu entnehmende Parteiwille. Präsumtiv ist die zweite der genannten Auffassungen die zutreffende. Dafür spricht entscheidend die Wahl der Form gerade des eine einseitige strikte Summenschuld erzeugenden Darlehensvertrags, die den selbständigen Verpflichtungswillen typisch verkörpert. Klemperer, Gruchots Beitr. 43 567 ff.

Welche Wirkung hat die Umwandlung einer der kurzen Verjährung unterliegenden Schuld in eine Darlehensschuld auf die Verjährung? Josef, Gruchots Beitr. 42 12 f.

§ 609. Die Kündigung wirkt nicht bloß gegen den, welchem gekündigt, sondern auch gegen den Kündigenden. Thiele, Die Kündigung, insbes. beim Darlehen n. d. BGB. A.civPr. 89 159.

Die Kündigung ist von dem zu erklären, welchem die Ausübungsbefugniß erwachsen war; die Ausübung geht außerhalb der Gesammtnachfolge auch durch ausdrückliche Uebertragung nicht über. Schönfeld, R. 02 368.

Nicht jede einer Kündigung zugefügte Bedingung macht diese ungültig. Zulässig ist eine Bedingung, deren Erfüllung im Belieben des Gekündigten steht, weil dann von einer Ungewißheit hinsichtlich der Auflösung des bisherigen Vertragsverhältnisses auf Seiten des Gekündigten keine Rede ist. OLG. Braunschweig, Seuff. A. 57 100.

Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, zu deren Wirksamkeit genügt, wenn der Wille des Erklärenden dem anderen Theile erkennbar mitgetheilt wird. OLG. 5 142 (Königsberg). Vgl. oben zu § 564.

In der Erklärung, ein geliehenes Kapital innerhalb einer gewissen Frist nicht zurückfordern zu wollen, ist nicht ein Verzicht auf jedes Kündigungsrecht zu erblicken. OLG. 3 91 (Dresden).

§ 610. Ueber das Verhältniß des § 610 zu § 321 s. oben N. 1—4 zu § 321.

Ist die schlechte Vermögenslage des Schuldners schon zur Zeit des Abschlusses des Vorvertrags vorhanden, dies jedoch dem Versprechenden unbekannt, so kann je nach Lage des Falles der Vorvertrag auf Grund des § 119 BGB. anfechtbar sein, es kann aber auch lediglich ein unbeachtlicher Irrthum in den Motiven vorliegen; dann muß der Versprechende das Darlehen hingeben. Farnbacher, Seuff. Bl. 63 509. Vgl. auch Tränkner, SächsA. 9 171 und Fritze, A.bürgR. 17 20 ff.; OLG. 3 39 (Breslau).

Sechster Titel.

Dienstvertrag.

§ 611. 1. Unterschied zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag (s. auch N. 1 zu § 631).

a) Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag 1 f. Dienstvertrag und Werkvertrag sind im modernen Rechte durch eine tiefe Kluft getrennt. In dem Titel vom Dienstvertrage weht eine ganz andere Luft als in dem vom Werkvertrage. In diesem waltet der Gedanke des Arbeiters vor, in jenem der des Unternehmers.

Der Dienstvertrag verpflichtet den einen Theil zur Leistung der versprochenen Dienste, der Werkvertrag verpflichtet zur Herstellung des versprochenen Werkes. Nicht auf welches wirthschaftliche Resultat der Wille des Berechtigten gerichtet ist, sondern zu was sich der Verpflichtete verpflichten will, giebt den Ausschlag. Beim Dienstvertrage verspricht er nur Arbeit, beim Werkvertrag einen Erfolg. 42 ff.

b) Marwitz, Bühnenengagementsvertrag 5 ff. Der Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag ist darin zu finden, daß bei jenem Gewähr für den Erfolg der Arbeit weder gefordert, noch geleistet wird. Die herrschende Meinung, die den Unterschied darin findet, daß der Dienstvertrag die Arbeit an sich, der Werkvertrag ihr Produkt zum Gegenstande habe, geht fehl; die „Arbeit an sich" ist für den Dienstherrn wie für den Arbeitnehmer unwesentlich.

c) Der Bühnenengagementsvertrag, das ist der Vertrag, durch den Jemand sich einem Theaterunternehmer gegenüber verpflichtet, gegen eine Vergütung bei der Darstellung dramatischer Werke auf der Bühne mitzuwirken, ist ein reiner Dienstvertrag. Marwitz 4 ff.

Niemand kann sich zu Diensten verpflichten, deren Leistung sein Leben oder seine Gesundheit gefährden würde. Marwitz 48.

d) Die von einer elektrischen Unternehmung, sei es mit einer Gemeinde betreffend die Besorgung der öffentlichen Beleuchtung vermittelst Elektrizität, sei es mit privaten oder juristischen Personen abgeschlossenen, die Abgabe elektrischer Energie an dieselben bezweckenden Vereinbarungen sind keine Dienstverträge, weil

α. bei diesen letzteren die Arbeitsleistung des Dienstpflichtigen in der Verrichtung persönlicher Dienste besteht, während die individuelle Veranlagung des Besitzers eines Elektrizitätswerkes für die zu vollbringende Arbeitsleistung gar nicht in Betracht fällt, er dieselbe vielmehr durch andere, ihm selbst untergeordnete Personen ausführen läßt,

β. er zu gleicher Zeit eine ganze Menge von Berechtigten, viele Hunderte auf einmal und alle gleich gut, zu bedienen im Stande ist,

γ. er im Gegensatze zum Dienstpflichtigen seinen Mitkontrahenten gegenüber in gleicher sozialer, ja öfters überlegener Stellung sich befindet und von diesen keine Befehle entgegenzunehmen hat, noch sich eine Beaufsichtigung seiner Arbeitsthätigkeit zu gefallen lassen braucht,

δ. weil der Abnehmer elektrischer Energie auf diese vermittelst eines bloßen Handgriffs (Drehen des Ausschalters) so direkt einzuwirken vermag, daß sie dem auf physikalischem Gebiete herrschenden Kausalitätsgesetze gemäß die verlangte Arbeitsleistung unter allen Umständen verrichten muß, während der Dienstherr sich der ihm zur Verfügung gestellten Arbeitskraft des Dienstpflichtigen nur dadurch zu bedienen vermag, daß er durch geeignete Einwirkung auf dessen freien Willen die Vornahme der gewünschten Arbeitsleistung zu erreichen sucht.

Pfleghart, Elektrizität 242 ff. u. 288 ff., a. A. Ludewig in Zeitschrift für das ges. Handelsrecht **35** 30 und Reichsgericht i. CS. in Bolze, Praxis des **RG. 19** 492.

e) Unter welchen Vertrag fällt der zwischen Kranken und dem Arzte geschlossene? Handelt es sich um dauernde ärztliche Behandlung, so haben die Parteien bei ihrem Vertragsschlusse weniger die Beendigung der ärztlichen Dienste im Auge, als die Dienste selbst, bei denen der Arzt und der Kranke successive mitwirken. Es liegt also ein Dienstvertrag vor. Handelt es sich um eine einmalige Operation, so haben die Parteien meist nur deren Beendigung, nämlich das Ergebniß der ärztlichen Thätigkeit im Auge. Hier liegt also ein Werkvertrag vor. Beim Dienstvertrage steht dem Arzte ein weitergehendes Kündigungsrecht zu, weil er höchstpersönlich ist, als bei dem nicht höchstpersönlichen Werkvertrage. Götte, Was bringt das BGB. den Aerzten? 5.

f) Brückmann, Der Einfluß des Erfolges auf den Honoraranspruch des Arztes (Aerztliche Sachverständigen-Zeitung **02** 310 ff.) legt im Anschluß an einen Fall aus der Praxis dar, daß, obwohl der Vertrag des Patienten mit dem Arzte ein Dienstvertrag und mithin der Erfolg an sich für die Vergütungsfrage theoretisch unerheblich sei, dieser Satz praktisch doch einige Abschwächungen erleide. — Zunächst sei anders wie bei gewöhnlichen Dienstverträgen höherer oder niederer Art beim Arzt der Blick des vertragschließenden Patienten in erster Linie auf den Erfolg gerichtet: ihn zu heilen oder zu bessern, das sei das Ziel, die Mittel seien ihm und der natürlichen Empfindung gleichgültig. — Ferner aber gebe es eine Anzahl sog. „niederer Operationen" (z. B. Auspumpen des Magens, Katheterisirung, Verabfolgung eines Klystiers u. dgl.), bezüglich deren es sich nach dem Inhalte des Vertrags in der That lediglich um den Erfolg handele, und zwar in dem Sinne, daß der betreffende Arzt dafür einstehe, daß die Handlung selbst von ihm bewirkt werden kann; und in diesen Fällen falle der Regel nach die Vornahme der Handlung mit der Bewirkung des Erfolges zusammen. Hier werde also die Dienstleistung des Arztes unter der stillschweigenden weil selbstverständlichen, beiderseitigen Voraussetzung und im gegenseitigen Einverständniß auch zum Vertragstheil erhobenen Abmachung in Anspruch genommen, daß sie einen bestimmten Erfolg, und zwar denjenigen haben werde, der eben der Regel nach in seinem wesentlichen Inhalte von der Dienstleistung selber ausgelöst werde. Jedoch alle diese an sich einfachen Handlungen könnten im konkreten Falle durch medizinische Komplikationen zu Operationen höherer Art werden (z. B. im Falle der Katheterisirung durch Hypertrophie der Prostata u. s. w.), und sofort verschiebe sich auch die juristische Rechtslage. In diesem Falle stelle jedes Thätigwerden des Arztes, das der Regel entspricht, be=

reits eine ärztliche Handlung dar, und die schließlich bewirkte Handlung werde zum Erfolge, für den der Arzt nicht einstehe.

Auch unter dem Gesichtspunkte der Vertragstreue (§ 242) sei die Erfolgsfrage bedeutsam. Gegen die Vertragstreue verstoße der Arzt, der, im Bewußtsein oder in der begründeten Befürchtung, dem Krankheitsfalle machtlos gegenüberzustehen, dennoch an seine Behandlung gehe; er müsse bei sorgfältigster Abwägung annehmen können, daß seine Dienstleistung wenigstens fähig sei, den Heilerfolg herbeizuführen. Ein Vertrag, den der Arzt in dem Bewußtsein seiner Unfähigkeit eingehe, sei wider die guten Sitten und daher nichtig.

LG. München nimmt an, daß die Thätigkeit der Hebammen den Gegenstand eines Dienstvertrags bilde. R. 5 354.

g) Bei der Frage, ob Dienst- oder Werkvertrag, hat man im Zweifel einen Dienstvertrag anzunehmen. Der entscheidende Grund hierfür liegt darin, daß eine Gefahrübernahme nicht vermuthet werden darf. Riezler, Werkvertrag n. BGB. 41 ff.

2. Die Vorschriften des 6. Titels finden auch Anwendung, wenn die Reichstelegraphenverwaltung einen Straßenbau- oder Polizeibeamten mit der Beaufsichtigung und vorläufigen Wiederherstellung von Telegraphen- oder Fernsprechleitungen beauftragt (Telegraphen-Wege-Gesetz vom 18. 12. 99 §§ 1, 11, 17, 18, 6). Auch auf die Handelsgehülfen und die gewerblichen Arbeiter desgleichen für Binnenschiffahrts- und Flößerei-Angestellte als ergänzendes Recht. Friedrichs, Prozeßpraxis 631—659.

3. Ueber Behandlung der Rechtsbeziehungen zwischen Rechtsanwalt und Partei nach den Grundsätzen des Dienstvertrags vgl. Berger, RAO. Vorbem. zu §§ 30 bis 39.

Riezler 73 f. nimmt trotz der §§ 32, 49 RAO. Werkvertrag nach § 675 und nicht Auftrag an.

OLG. Frankfurt sieht die Beauftragung eines Rechtsanwalts mit einer Vertretung im Prozeß als einen Dienstvertrag an, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat und bei dem es sich um Dienste höherer Art handelt, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen. R. 02 149.

4. Arbeitgeber ist derjenige, auf dessen Rechnung der Betrieb geführt wird und der das Risiko des Betriebs trägt. GG. München, GewGer. 7 Sp. 140.

§ 612. 1. Abs. 1. Führt ein in Wochenlohn stehender Arbeiter stillschweigend Ueberstunden aus, so kann er für die von ihm thatsächlich geleisteten Dienste nach Abs. 1 § 612 eine Vergütung verlangen. GG. Hamburg, Gew.-Ger. 7 Sp. 156.

2. Abs. 2. Ein Tarifvertrag ist nur für denjenigen bindend, der bei seinem Abschlusse betheiligt war, nur bezüglich des Lohnes verweist Abs. 2 des § 612 auf das Uebliche. Wenn auch die Tarifverträge für die Ermittelung des üblichen Lohnes eine wichtige Erkenntnißquelle bilden, so wäre eine Verwendung des Begriffs „üblich", die über die vom Gesetze gegebene Grenze geht, also insbesondere den ganzen Inhalt eines Tarifvertrags auch dem ihm fernstehenden Gewerbegenossen aufzwingen wollte, eine mit dem Gesetz in Widerspruch stehende Beeinträchtigung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit. GG. Stuttgart, GewGer. 8 Sp. 39.

§ 613. Innerhalb des Dienstverhältnisses zwischen Anwalt und Klienten ist die Dienstleistung durch einen geeigneten Vertreter zugelassen und zu vergüten. Als geeigneter Vertreter ist gemäß § 25 Rechtsanwaltsordnung ein mindestens zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigter Rechtskundiger auch dann anzusehen, wenn derselbe nicht durch die Landesjustizverwaltung dem Anwalt als

Vertreter bestellt ist (Walter-Joachim, GO. f. R. 29). Ueber die Haftung des Anwalts für seinen Gehülfen und Vertreter vgl. oben N. 6 zu § 278.

§ 614. Lohnvorschuß ist Vorleistung bzw. Theilleistung des Arbeitgebers (Dienstberechtigten) aus dem Dienstvertrag und nicht als Darlehen anzusehen. Schalhorn, Soziale Praxis. 1899 Sp. 798.

Bei Lohnstreitigkeiten aus einem gewerblichen Arbeitsverhältnisse, welche zwar an sich objektiv zur Zuständigkeit der Gewerbegerichte gehören würden, sind die ordentlichen Gerichte zuständig, wenn die bezügliche Forderung oder die Schuld auf eine dritte Person im Wege der Gesammt- oder Sondernachfolge übergegangen ist. Demgemäß muß der Erbe eines Arbeiters oder derjenige, dem ein Arbeiter eine Lohnforderung zedirt hat oder dem dieselbe im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesen ist, die Lohnforderung seines Rechtsvorgängers beim ordentlichen Gericht einklagen. Das Gewerbegericht hat nur zwischen Arbeitgebern und Arbeitern zu entscheiden. KG. v. 25. 2. 02, KGBl. **13** 35 ff. und **RG.** v. 15. 4. 02 unter Aufhebung der entgegengesetzten Entscheidung des OLG. Dresden **51** 193 ff.

§ 615. 1. Durch diese Vorschrift wird der Anspruch auf die vertragsmäßige Erfüllung gegeben, nicht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. (Reinhard, Der einseitige Rücktritt vom Dienstvertrag, SächsA. **7** 42.) Sigel, GewGer. **6** Beil. Nr. 1.

2. Aus § 615 ist nicht zu folgern, daß ein zu Unrecht ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist entlassener Dienstverpflichteter nur dann — vgl. Staub, HGB. § 70 Anm. 1, 7, 8 — für die Folgezeit einen Anspruch gegen den Dienstberechtigten erheben könne, wenn dieser hinsichtlich der ihm weiter zu leistenden Dienste gemäß § 295 BGB. in Annahmeverzug gesetzt sei. Es bestimmt sich vielmehr, wenn in solchem Falle die Inverzugsetzung des Dienstberechtigten unterblieben ist, der Anspruch des zu Unrecht Entlassenen nach den allgemeinen Grundsätzen über Schadensersatz wegen vertragswidrigen Verhaltens und insbesondere nach dem Grundsatze des § 324 BGB. David, R. **02** 146.

Ebenso OLG. **5** 32 (Marienwerder) und Seuff. A. **57** 359 ff. Bei grundloser Entlassung eines Dienstverpflichteten bleibt dem Dienstverpflichteten sein Anspruch auf die vertragsmäßige Gegenleistung bis zum nächstzulässigen Kündigungstermin, auch wenn der Dienstverpflichtete seine Dienste nicht noch besonders nach der Entlassung angeboten und so den Dienstberechtigten in Annahmeverzug gesetzt hat. Dies letztere ist zwar nöthig, um den Anspruch aus §§ 295, 615 BGB. zu begründen. Allein durch die grundlose Entlassung wird dem Dienstverpflichteten in der Regel die Fortsetzung seiner Dienste unmöglich gemacht und zwar durch Verschulden des anderen Theiles. Der Dienstvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag und es findet daher auch § 324 BGB. Anwendung, wonach der entlassene Dienstverpflichtete seinen Anspruch auf die Gegenleistung behält.

3. Indem das Gesetz den Annahmeverzug im § 615 ausdrücklich hervorhebt, bringt es deutlich zum Ausdrucke, daß es das Vorhandensein eines Verschuldens für die Folgen des Annahmeverzugs, nämlich die Unmöglichkeit der Leistung nicht verlangt. Darin liegt der prinzipielle Gedanke, daß nicht der Arbeitnehmer, sondern der Arbeitgeber bei dem Dienstvertrage die Gefahr zu tragen hat. Eine Einschränkung dieses Satzes ergiebt allerdings der § 616. Sigel, GewGer. **6** Beil. Nr. 1.

Auch der Dienstberechtigte, der ohne Verschulden an der Annahme der Dienste verhindert wird, hat dem Dienstverpflichteten die Vergütung zu entrichten. Marwitz a. a. O. 74 ff.

4. Einzelne Fälle:

a) Nimmt der Arbeitgeber die von ihm verhängte sofortige Entlassung zurück und kündigt ordnungsmäßig, so ist der Arbeiter verpflichtet, bis zu dem Ablaufe der Kündigungsfrist weiter zu arbeiten, sofern er Lohnansprüche an den Arbeitgeber erheben will. Der Arbeitnehmer, der ohne jeden Grund ein von seinem bisherigen Arbeitgeber ihm erneut gestelltes Arbeitsangebot ablehnt, handelt ebenso böswillig, wie derjenige, welcher es absichtlich unterläßt, etwas durch anderweitige Verwendung seiner Dienste zu erwerben. GG. Stuttgart im GewGer. **7** Sp. 157.

b) GG. Darmstadt (GewGer. **7** Sp. 7 ff.). Der Dienstverpflichtete hat sich den vom Arbeitgeber ihm angebotenen Erwerb anrechnen zu lassen, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, nach welchen dem Arbeiter die Annahme dieses Erwerbes billiger Weise nicht zugemuthet werden kann.

c) Wenn bei dem Abschluß eines Dienstvertrags über Leistungen, zu denen der Dienstberechtigte der Konzession bedarf, der Dienstpflichtige nicht weiß, daß die Konzession noch nicht ertheilt ist, so muß der Dienstherr den Lohn zahlen, auch wenn die Konzession versagt wird. **RG.** SächsA. **11** 462.

5. Satz 2. a) Das Gesetz setzt nicht voraus, daß es ein Dritter sein muß, der dem Verpflichteten die Gelegenheit zum Erwerbe bietet. Es ist sehr wohl denkbar, daß dies der Dienstberechtigte selbst ist, der dem Verpflichteten die Uebernahme anderer Dienste anträgt, wenn es ihm aus irgend einem Grunde nicht genehm ist, die bestimmte Dienstleistung, zu der er den Verpflichteten engagirt hat, entgegenzunehmen. Thiesing, R. **02** 370.

b) Der unberechtigt entlassene Handlungsgehülfe braucht sich auf die ihm zustehende Vergütung nicht das anrechnen zu lassen, was er durch ungleichartige und mit einem erheblichen Risiko verknüpfte Thätigkeit, nämlich Gründung eines Geschäfts, erworben hat. OLG. Karlsruhe, DJZ. **00** 364.

§ 616. 1. a) v. Blume, R. **02** 6: Als „in der Person des Verpflichteten liegender Hinderungsgrund" ist nicht bloß ein Hinderniß zu erachten, welches auf einer „persönlichen Eigenschaft" (z. B. Krankheit) beruht, sondern auch ein solches Hinderniß, das in einem „persönlichen Verhältnisse" (z. B. Militär-Familienverhältniß) seinen Grund hat. Von einem Zusammenhange des Hindernisses mit der „Person" des Verpflichteten selbst darf jedoch nicht abgesehen werden.

Für die Bemessung der „verhältnißmäßigen Unerheblichkeit" der Zeit der Behinderung ist nicht bloß das „Verhältniß der Dauer der Verhinderung zur Gesammtzeit des Dienstes", sondern auch die Gesammtlage der betheiligten Personen zu berücksichtigen.

b) Rönnberg in Bernhöft u. Binder's Beitr. I 185 ff.: Ob der Dienstverpflichtete bei unverschuldeter Dienstbehinderung den Anspruch auf die Vergütung behält, richtet sich nach dem Verhältnisse der Behinderung zu den Zeitabschnitten der Lohnbemessung. Unrichtig scheint es, wenn Planck, N. 2b zu § 616, für die Frage, ob die Unterbrechung eine verhältnißmäßig nicht erhebliche Zeit gedauert hat, den Umstand entscheidend sein lassen will, ob der Dienstberechtigte mit den schon vorhandenen eigenen oder fremden Kräften auskam oder ob er wegen der Hinderung neue Kräfte hatte engagiren müssen. Das kann nur für die Frage entscheidend sein, ob die Dienstbehinderung für den Dienstberechtigten überhaupt von vermögenswerther Bedeutung ist. Vgl. auch den Aufsatz: „Die Erfahrungen bei Anwendung des BGB." GewGer. 6 Beil. zu Nr. 2 Sp. 74 ff., bes. 82.

2. Die Dienstgeber rechnen von jeher mit der Möglichkeit geringfügiger Verhinderungen der Dienstverpflichteten (v. Schulz, in Brauns Archiv **11** 808

a. E. f. und **13** 389). Die Entschädigung des § 616 läßt sich auch für die Arbeiter, welche nach Stücklohn thätig sind, festsetzen. Rönnberg a. a. O. 193 ff. v. Schulz a. a. O. **13** 392, v. Frankenberg, GewGer. **99** Sp. 103, Marx, Kapital, I. Kapitel: „Beim Zeitlohn mißt sich die Arbeit an ihrer unmittelbaren Zeitdauer, beim Stücklohn am Produktenquantum, worin sich Arbeit während bestimmter Zeit verdichtet. Aus der Praxis ist bekannt, wie groß das Durchschnittsprodukt einer Stunde ist." Bei kasueller Leistungsunmöglichkeit der Arbeiten haften die Arbeitgeber (Dienstgeber) nur, wenn dieses durch den Arbeitsvertrag verabredet ist (z. B. feste Bezüge) oder wenn der Thatbestand des § 616 vorliegt (v. Schulz a. a. O. **13** 387). Der Entlassungsgrund des § 123 Abs. 8 (Arbeitsunfähigkeit) der Gewerbeordnung greift auch in den Fällen des § 616 durch, da es nach jenem auf Ursache und Dauer der Unfähigkeit bzw. Verhinderung nicht ankommt. Schalhorn, **99** Sp. 79; v. Schulz a. a. O. **13** 393 und v. Frankenberg a. a. O. Sp. 102 a. E.

Bei Doppelversicherung wird auf die Vergütung das Krankengeld aus der Kasse, welcher der Arbeiter zuerst beitritt, angerechnet. Dies wird nicht nothwendig immer die Zwangskasse sein. Die Eigenschaft der Vergütung als Arbeits- oder Dienstlohn bleibt auch für die Verhinderungszeit bestehen. Daher: Zuständigkeit des Gewerbegerichts, Beschlagnahme oder Aufrechnung regelmäßig ausgeschlossen. v. Frankenberg a. a. O. Sp. 104.

3. Der Grundsatz des § 616 ist nach B. Hilse (KGBl. **00** 74) auf das gewerbliche Arbeitsverhältniß unanwendbar, weil EG. Art. 36 denselben nicht erwähnt, aber den höheren Gewerbegehülfen der Gew.Ord. § 133a gegenüber in Gew.Ord. § 133c eine sinnentsprechende Regelung erfolgt, die niederen durch Gew.Ord. § 122 getroffenen Gewerbegehülfen aber nach dem Maße ihrer vorgeleisteten Arbeit gelohnt werden, auch bei ihnen eine bloß einstündige Arbeitshinderung als eine verhältnißmäßig nicht erhebliche Zeit nicht gelten kann.

4. Der im § 616 enthaltene Rechtssatz ist trotz des scheinbaren Widerspruchs mit § 619 als zwingendes Recht anzusehen (a. M. v. Blume a. a. O. 6 und Marwitz a. a. O. 77). Er findet auch auf den gewerblichen Arbeitsvertrag Anwendung. So Vollmer, Einfluß des BGB. auf den gewerblichen Arbeitsvertrag in Fischers Zeitschrift f. Pr. u. Gesetzg. d. Verw. **23** 25.

Hiergegen wendet sich v. Blume, R. **02** 138 ff., der durch Interpretation des Art. 32 EG. darzulegen versucht, daß § 616 seine Wirksamkeit auch auf die Rechtsverhältnisse der Fabrikarbeiter, Gewerbegehülfen und Handlungsgehülfen erstreckt, weil auch diese dem BGB. soweit unterstehen, als nicht durch die Betheiligten ein Thatbestand verwirklicht worden ist, für den HGB. oder Gew.O. eine Ausnahmebestimmung enthalten. Auch § 133c Gew.O. schließt die Anwendbarkeit des § 616 auf die Gewerbegehülfen höherer Ordnung nicht schlechthin aus. (139.)

5. Weber, DJZ. **02** 199 führt aus, daß § 616 bei Betriebsunfällen ohne Geltung sei, da der hierzu in Widerspruch stehenden Bestimmung des § 135 GewerbeunfallVGes. als einer Spezialbestimmung der Vorrang zukomme.

6. Satz 2. a) Entsprechend der ausdehnenden Auslegung sind auch als anrechenbare Bezüge nicht bloß die im Satz 2 genannten Kranken- und Unfallgelder, sondern auch andere Emolumente anzusehen, bei Verhinderung durch militärische Uebungen also auch die Löhnung und Naturalleistungen. Blume, R. **02** 6.

b) Ein Arbeiter oder gewerblicher Gehülfe kann während einer 14tägigen oder 12tägigen militärischen Uebung Weiterzahlung des Lohnes verlangen, GG. Offenbach, GewGer. **6** 215 ff., GG. Hamburg u. GG. Wiesbaden, GewGer. **7** 29 ff.

Dagegen hat das GG. Königsberg den Gehülfen einer kleineren Druckerei, der mit zweiwöchiger Kündigung beschäftigt war, mit seinem Anspruch auf Weiterzahlung des Lohnes für eine 12tägige Uebung abgewiesen. GewGer. **7** Sp. 29 ff. u. **6** Sp. 218.

Der zu einer militärischen Uebung einberufene Arbeiter muß sich den Lohn und den Werth der freien Station, aber auch die Unterstützungen, welche nach dem Gesetze vom 10. Mai 1892 den Familienangehörigen einberufener Mannschaften gezahlt werden, auf die gemäß § 616 zu zahlende Lohnentschädigung anrechnen lassen, da dieser Anspruch gleichfalls von dem Arbeiter durch seine militärische Dienstleistung, nicht etwa durch die Familienangehörigen erworben wird. GewGer. **7** Sp. 96.

7. a) Ein Tagelöhner wird dadurch, daß er als Zeuge vor Gericht zu erscheinen hat, regelmäßig für eine verhältnißmäßig erhebliche Zeit an der Dienstleistung behindert, also regelmäßig des Anspruchs auf einen Tagelohn verlustig und daher zu Zeugengebühr berechtigt. W. Ch. Francke, R. **00** 59.

b) Die Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige, welche gesetzlichen Schutz gegen Lohnverlust in Folge Erfüllung der Zeugnißpflicht gewährt, ebenso wie durch die Zwangsversicherung ein solcher bei Krankheit und Unfall begründet wird, schließt die Anwendung des § 616 aus, ohne daß der Gesetzgeber das besonders zum Ausdrucke zu bringen brauchte. Rönneberg a. a. O. 193.

c) Schäfer, GewGer. **6** Sp. 126 hält ebenfalls § 616 auf solche Fälle nicht für anwendbar, da der Grund der Verhinderung nicht in der Person des Verpflichteten liege.

d) Nach Witten, BraunschZ. **47** 41 ff., ist Personen, welche in einem Dienstverhältnisse stehen, Zeugengebühr für Zeitversäumniß in dem bisherigen Umfange zu gewähren, sofern die Zeugen ihre Liquidation unter Verzicht auf ihre Ansprüche gegen den Dienstherrn aus § 616 aufrecht erhalten. Es steht in dem freien Willen des Zeugen, ob er von diesem Rechte gegen seinen Dienstherrn Gebrauch machen will oder nicht. § 616 will nur den Dienstverpflichteten im Verhältnisse zu seinem Dienstherrn schützen; eine Belastung des Dienstherrn zu Gunsten beliebiger Prozeßparteien, wie sie durch die Verweigerung der Zeugengebühren in derartigen Fällen erreicht werden würde, ist vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt.

e) Das GG. Offenbach erachtet eine Ausdehnung der Bestimmung des § 616 S. 2 auf alle ähnlichen Bezüge von Seiten dritter Verpflichteter und auf sonstige Ersparnisse als im Sinne des Gesetzgebers liegend. GewGer. **6** Sp. 217.

f) Ein Akkordarbeiter, der zu einem gerichtlichen Termin als Zeuge geladen ist, kann eine Vergütung für Zeitversäumniß vom Gerichte verlangen, da auf ihn § 616 nicht Anwendung findet, weil er den Lohn nicht dafür erhält, daß er während bestimmter Zeit seine Dienste der Fabrik zur Verfügung hält, sondern für eine bestimmte fertiggestellte Arbeit. Beschluß des AG. Stettin.

Dagegen hat das LG. Stettin in einem anderen Falle einem Akkordarbeiter, der auf Grund eines festen, auf unbestimmte längere Zeit geschlossenen Dienstvertrags arbeitete, Versäumnißkosten für Wahrnehmung des gerichtlichen Termins nicht gewährt, da er des Anspruchs auf die Vergütung aus dem Dienstvertrage nicht verlustig geworden sei. GewGer. **8** Sp. 7 ff.

§ 617. 1. Dieser Paragraph statuirt eine Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten bei Krankheit bestimmter in häusliche Gemeinschaft aufgenommener Dienstverpflichteten. Er schließt aber diese Pflicht aus, falls die Krankenversicherung eingreift. Da letzteres für die gewerblichen Arbeiter zutrifft, so entbehrt der Paragraph für gewerbliche Verhältnisse der Bedeutung. Auf etwa nicht krankenversicherungspflichtige Lehrlinge kann er nicht bezogen werden, da es sich bei

diesen im Wesentlichen um ein Lehrverhältniß, nicht aber um eine Erwerbsthätigkeit handelt. Auf nicht versicherungspflichtige Werkmeister findet § 617 nicht Anwendung, da bei diesen von einer Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft nicht gut die Rede sein kann, und da sie ihre „festen" Bezüge (s. darüber Cuno in der sozialen Praxis V. Jahrg. Nr. 14 vom 2. 1. 96 Sp. 377 und v. Schulz im Gewerbegericht vom 1. 9. 98) auch während der Krankheit, bei Entlassung aber die Vergütung noch 6 Wochen — also analog den Bestimmungen des § 617 — fortbeziehen. (Schalhorn a. a. O. Sp. 79; s. hierzu v. Schulz a. a. O. **13** 401 u. 384 Anm. 2 a. E.: „Der Lehrvertrag nähert sich unbedingt dem Arbeitsvertrage, sobald dem Lehrlinge für seine Arbeiten z. B. „halber Gesellenlohn" versprochen wird.")

2. Wegen einer im Duell erlittenen Verletzung hat der Dienstpflichtige, z. B. Hauslehrer oder Erzieher, keinerlei Anspruch auf Behandlung und Verpflegung durch den Dienstberechtigten, da er seine Erkrankung zum mindesten grobfahrlässig selbst herbeigeführt hat. Höniger, R. **01** 224. Vgl. auch o. zu § 254 Ziff. 6 S. 165.

3. § 617 und die jeweils für das Gesinde in Betracht kommende landesrechtliche Norm schließen sich nicht unbedingt gegenseitig aus, sondern sind auch beide neben einander anwendbar. Cohn, R. **02** 392; vgl. im Uebrigen die Bemerkungen zu Art. 95 E.G.

§ 618. 1. Anwendungsgebiet der Bestimmung: a) Der § 618 ist auf Arbeitsverhältnisse im weiteren Sinne, insbesondere z. B. auf den Werkvertrag, gewisse Pachtverträge, Gesellschaftsverträge (§ 706 Abs. 3) anwendbar, wenn nach den Umständen des Falles die besondere rechtliche Gestaltung des Vertrags, wirthschaftlich betrachtet, nur die Form oder das Mittel zur Abgeltung der Dienste eines wirthschaftlich unselbständigen Arbeiters ist. Ebenso ist § 618 anzuwenden im Verhältnisse des Dienstberechtigten zu einem von dem Dienstverpflichteten angenommenen Gehülfen, sofern die Heranziehung des Gehülfen dem wirklichen oder nach den Umständen zu vermuthenden Willen des Dienstberechtigten entspricht (Hahn, Gruchots Beitr. **45** 213 ff.).

b) Der Paragraph ist auch auf die dem Ehemann und Vater seitens der Ehefrau und der Kinder unentgeltlich zu leistenden Dienste anwendbar. Die Erfüllung dieser Verpflichtung kann verweigert werden, wenn die nothwendigen Schutzmaßregeln nicht getroffen werden (Hachenburg a. a. O. 7). Auch auf dauernde Dienstverhältnisse ist § 618 nicht beschränkt, sondern er umfaßt auch die Dienstverpflichtung zu einer Einzelleistung (Gastspiel eines Sängers, 55).

c) Auf gewerbliche Arbeiter findet Abs. 1 des § 616 keine Anwendung, da die GewOrd. im § 120a analoge und ausführliche Vorschriften giebt. (Schalhorn a. a. O. Sp. 79.)

2. Entscheidungen zu Abs. 1. **a) RG.** JW. **02** Beil. 239: Die Verpflichtung, welche § 618 dem Dienstberechtigten bezüglich der Einrichtung und Erhaltung der zur Verrichtung der Dienste bestimmten Räume auferlegt, ist nicht auf diejenigen Räume, welche speziell als Arbeitsstätte dienen, zu beschränken, sondern auch auf Höfe, Treppen, Gänge und Aehnliches zu beziehen, die der Dienstpflichtige anläßlich seiner Obliegenheiten, insbesondere um nach der eigentlichen Arbeitsstätte zu gelangen, betreten muß. Indeß müssen die betreffenden Räume zu denjenigen gehören, die der Dienstberechtigte zu beschaffen hat. Hierzu können nach der Verkehrssitte solche Wege in der Regel nicht gerechnet werden, welche zwar im Privateigenthume des Dienstberechtigten stehen, aber dem allgemeinen Verkehre freigegeben sind (auch abgedruckt im SächsA. **12** 480 ff.).

b) OLG. **5** 245 (Stettin): Keineswegs gilt der Arbeitgeber bei mangelhaften Diensträumen schon dann als entschuldigt, wenn die Polizei die Dienst-

räume revidirt, den Mangel nicht gerügt und Abänderungen nicht angeordnet hat. Der Arbeitgeber hat selbständig die Verpflichtung, für die zum Schutze der Arbeiter nothwendigen Einrichtungen Sorge zu tragen.

c) OLG. Naumburg, Seuff. A. **57** 313 ff.: Die im § 618 ausgesprochene Fürsorgepflicht findet ihre Beschränkung und Ergänzung in der Verpflichtung des Gesindes wie jedes vernünftigen Menschen, sich selbst durch Anstrengung der Aufmerksamkeit vor Schaden zu schützen.

3. Abs. 2 und 3: Erstreckung der Fürsorgepflicht des Berechtigten auch auf Wohn- und Schlafräume des Arbeiters, sowie Feststellung der eventuellen Schadensersatzpflicht, sind auch auf Gewerbetreibende anzuwenden (Schalhorn a. a. O. Sp. 79).

4. Zuständigkeit: Für derartige Schadensforderungen der Arbeiter ist das Gewerbegericht zuständig (Philipp Lotmar, in Brauns Archiv **8** 36 und v. Schulz a. a. O. **13** 400).

AA. **RG.** Seuff. A. **25** 81 ff.: Für die Entschädigungsansprüche des Arbeiters gegen den Arbeitgeber aus der Unterlassung von Schutzvorrichtungen sind die ordentlichen Gerichte und nicht die Gewerbegerichte zuständig, weil diese Ansprüche nicht unmittelbar und ausschließlich aus dem Arbeits- oder Lehrvertrage hervorgehen.

5. Katholischem Gesinde ist Fastenspeise zu gewähren. Vollmer, Einfluß des BGB. auf den Arbeitsvertrag in Fischers Zeitschrift f. Pr. u. Gesetzgg. d. Verw. **23** 28.

Im GewGer. **5** Sp. 282/283 wird ausgeführt, der Meister sei nur dann verpflichtet, dem Gesinde Fastenspeise zu gewähren, wenn das Gesinde gewohnt war, die Fasten zu halten. Es genügt nicht, wenn das Gesinde zur Begründung seines Verlangens nur anführt, es sei Mitglied einer kirchlichen Gemeinschaft, die Fastenspeise vorschreibe, denn die Bestimmung hat nur zum Zwecke den Schutz persönlicher, religiöser Bedürfnisse.

§ 621. Die Vereinbarung von Stundenlohn stellt sich nur als eine Art der Berechnung für die Arbeitsvergütung dar, nicht zugleich als eine Abrede, daß die Lösung des Arbeitsverhältnisses jeden Augenblick zulässig sein soll. Wenn daher die vierzehntägige Kündigungsfrist bei dem Arbeitsverhältnisse durch Vertrag ausgeschlossen ist, so kann der Arbeiter trotzdem die Arbeit nicht zu jeder Zeit innerhalb eines Arbeitstags verlassen. GG. Charlottenburg, GewGer. **7** Sp. 94.

§ 622. 1. Unter festen Bezügen im Sinne des BGB. § 622, Gew.Ord. § 133a, Inv.Vers.G. § 34 sind nach B. Hilse (Annalen f. Gewerbe- u. Bauwesen **48** 191, Zeitschr. f. Deutschlands Buchdrucker Jahrg. **11** Nr. 44, Jahrg. **12** Nr. 3) nur Beträge zu verstehen, welche unabhängig von dem Umfange der vorgeleisteten Arbeit stets die gleichen bleiben, während eine nach dem Grade der vorgeleisteten Arbeit sich bestimmende, in ihrer Höhe wechselnde Vergütung, d. h. Normalarbeitsverdienst, darunter nicht fällt. Dieser Auffassung ist das Reichsversicherungsamt in einem Beschlusse vom 15. 9. 00 für das Gebiet der öffentlichen Arbeiterversicherung beigetreten.

2. Bei Diensten höherer Art ist das Charakteristikum die Selbständigkeit oder Abhängigkeit des Dienstverpflichteten vom Willen des Berechtigten. Nicht entscheidend, wenn auch erheblich unterstützend, ist das Maß der Vorbildung. Ebensowenig ist eine Trennung von geistigen und mechanischen Diensten möglich. Dasselbe Mädchen mit gleichen Kenntnissen kann bei der einen Dame Kammerzofe, bei der anderen Gesellschafterin sein. Hachenburg a. a. O. S. 30.

Unter die im § 622 bezeichneten Personen gehört z. B. der Verwalter eines Gutes. OLG. **5** 32 (Marienwerder).

3. Die Vorschrift des § 622 ist zwingend. Müller, Seuff. Bl. **66** 24.

§ 623. Dem Rechtssatze, daß bei einem die Erwerbsthätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmenden Dienstverhältniß, auch wenn die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten bemessen, eine Kündigungsfrist von zwei Wochen einzuhalten ist, kommt zwingender Charakter zu. Müller, Seuff. Bl. **66** 24.

§ 624. Auf das Kündigungsrecht kann der Dienstverpflichtete nicht verzichten. Dagegen kann bezüglich der Kündigungsfrist durch Vertrag Besonderes vereinbart werden. Müller, Seuff. Bl. **66** 23.

Ein auf mehr als 5 Jahre abgeschlossener Dienstvertrag ist für den Dienstberechtigten bindend. Dieser kann § 139 BGB. nicht analog anwenden. Die Behauptung, er hätte überhaupt nicht kontrahirt, wenn er gewußt hätte, daß der Vertrag für den Verpflichteten nur 5 Jahre unkündbar sei, ist als Irrthum im Motiv unerheblich. Hachenburg a. a. O. 61.

§ 626. 1. Aus den §§ 626 ff. entnimmt Reinhard bezüglich des Rücktritts vom Dienstvertrage folgende Grundsätze:

a) Der berechtigte einseitige Rücktritt hebt das Dienstverhältniß für die Zukunft auf und beseitigt das Recht der Betheiligten auf fernere Erfüllung.

b) Auch beim berechtigten Rücktritt ist derjenige Theil schadensersatzpflichtig, der den Grund zum Rücktritt durch schuldhaftes vertragswidriges Verhalten oder durch eine an sich rechtswidrige Handlung herbeigeführt hat (§ 628 Abs. 2).

c) Ist der Rücktrittsgrund durch einen Zufall herbeigeführt, so besteht kein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

d) Der unberechtigte einseitige Rücktritt hebt das Dienstverhältniß nicht auf. Insbesondere bleiben die Vertragspflichten des Zurücktretenden unberührt. Der vertragstreue Theil behält seine Ansprüche aus dem Dienstvertrage bis zur gesetzmäßigen Beendigung desselben (§ 615).

e) Der unberechtigte einseitige Rücktritt kann für den vertragstreuen Theil ein wichtiger Grund zum berechtigten Rücktritte werden.

(Reinhard 48).

2. Wichtiger Grund. a) Ein wichtiger Grund liegt dann vor, wenn die Fortsetzung des Dienstverhältnisses mindestens einem der beiden Vertragstheile nicht zugemuthet werden kann. Ein Verschulden braucht nicht vorzuliegen.

Der Kündigungsgegner kann sich gegen die Kündigung mit dem Einwande vertheidigen, daß der vorgebrachte an sich wichtige Grund für den Kündigenden subjektiv nicht wichtig sei.

Eine Vertragsabrede, daß die Nachprüfung der Berechtigung der Kündigung durch das Gericht nicht stattfinden darf, ist nichtig.

Auf das Recht, den Vertrag aus einem wichtigen Grunde zu kündigen, kann nicht von vornherein verzichtet werden. (Ebenso Müller, Seuff. Bl. **66** 26.) Statthaft ist nur, im Vertrage bestimmte Thatbestände als wichtige oder nicht wichtige Gründe festzusetzen. Marwitz a. a. O. 118.

b) „Wichtiger Grund" zum Rücktritte kann auch ein zufälliges Ereigniß in der Person des Zurücktretenden sein, z. B. unverschuldete Zerstörung einer Handelsniederlassung und in Folge dessen Einstellung des Betriebs. In solchem Falle existirt keine Schadensersatzpflicht, da § 628 Abs. 2 hierzu „vertragswidriges Verhalten" erfordert. (Reinhard 38, 40.)

Es ist daher auch das Verbot der Privatposten ein wichtiger Grund für den Unternehmer, dem Angestellten den Dienstvertrag zu kündigen, gleichviel ob der Angestellte auf Lebenszeit angestellt ist oder nicht. OLG. **2** 502 ff. (Stuttgart).

c) Betheiligung an einem Zweikampf ist für Personen, die sich in einem Dienstverhältnisse der im § 617 bezeichneten Art befinden, sofortiger Entlassungsgrund. Hoeniger, R. **01** 224.

3. Verhältniß zur Gewerbeordnung. a) Durch die allgemein gehaltene Bestimmung des § 626 werden die Ausführungen der §§ 123 ff., 127 b, 133 [6] ff. der GewO. nicht erweitert. Vollmer, Einfluß des BGB. auf den gewerbl. Arbeitsvertrag in Fischers Zeitschrift f. Pr. u. Gesetzg. d. Verw. **23** 32. Fuld, Gruchots Beitr. **44** 597. Burchardt, DJZ. **00** 265.

b) Die GewOrd. giebt für Arbeiter und Lehrlinge — abgesehen von den Fällen der §§ 124a, 133b — **bestimmte Auflösungsgründe**, die mangels besonderer Abreden **ausschließlich maßgebend** sind (§§ 123, 124). Daher kann § 626 BGB., der die sofortige Auflösung allgemein aus „wichtigen" Gründen zuläßt, auf gewerbliche Arbeitsverträge nicht Anwendung finden. Andernfalls hätte auch § 124a GewOrd., der nur bei Arbeitsverhältnissen von vereinbarter, mehr als vierwöchiger Dauer und längerer als vierzehntägiger Kündigungsfrist Auflösung aus „wichtigen" Gründen zuläßt, ausdrücklich aufgehoben werden müssen.

Jedoch wird jeder Entlassungsgrund der GewOrd. zugleich als ein wichtiger im Sinne des § 626 gelten müssen und daher die Anwendung wenigstens des § 628 BGB., der bei wichtigen Entlassungsgründen die Schadensersatzpflicht regelt, ermöglichen (Schalhorn a. a. O. Sp. 78). Im ähnlichen Sinne sprechen sich aus Schäfer, Fuld und Brandis im Gewerbegericht IV. Jahrgang Sp. 57, 70, 104 und 105. Für Anwendung des § 626 auf gewerbliche Arbeitsverhältnisse sind Decker und v. Blume a. a. O. Sp. 57, 70 und 91, endlich v. Schulz a. a. O. **13** 401. v. Blume: „Da § 124a GewOrd. nur für bestimmte Arbeitsverträge von Gesellen, Gehülfen, Fabrikarbeitern gilt, so ist auch nur im Hinblick auf diese die Anwendung von § 626 ausgeschlossen. Auf Verträge, die § 124a nicht trifft, kann § 626 unbedenklich angewendet werden." Die Kommission des Reichstags für die Novelle zur Gewerbeordnung soll Aufhebung der §§ 123, 124a vorschlagen.

Gegen v. Blume und Decker wendet sich Fuld, Gruchots Beitr. **44** 598 ff., der bei der Verschiedenheit zwischen den einzelnen, auf bestimmte Arten des Arbeitsvertrags sich beziehenden Gesetzen eine einheitliche Regelung des Arbeits- und Dienstvertrags nach allen Richtungen hin als wünschenswerth bezeichnet (602).

4. Den Gewerbetreibenden ist nach B. Hilse (Baugewerks-Ztg. Jahrg. **32** 125) aus der Rechtsregel des Gewerbl. UVersG. § 142 untersagt, wegen Nichtleistung der Arbeit während der Zeit, in welcher sie durch Wahrnehmung ihrer ehrenamtlichen Obliegenheiten an der Arbeit verhindert sind, das Arbeitsverhältniß aufzukündigen oder Lohnabzüge zu machen. Hiervon abweichende Vereinbarungen sind nach Gewerbl. UVersG. § 141 rechtsunverbindlich.

§ 627. Der Rechtssatz, daß der zu Diensten höherer Art Verpflichtete jeder Zeit und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen und demselben ebenso gekündigt werden kann, ist zwingend. Müller, Seuff. Bl. **66** 26.

Im Verhältnisse des Rechtsanwalts zur Partei wird die dem ersteren zustehende Befugniß zur Kündigung des Vertrags zu einer Pflicht, sobald der Anwalt erkennt, daß die Fortführung der begonnenen Geschäftsbesorgung mit dem Interesse seines Klienten unvereinbar ist. Dieser Pflicht kann sich der Anwalt auch deshalb nicht entziehen, weil ihn möglicher Weise der Vorwurf einer unzeitigen Kündigung treffen könnte. Berger, RAO. Vorbem. zu §§ 30 bis 39 letzt. Abs.

§ 628. Der Kündigung bedarf es nicht und insbesondere § 628 Abs. 1 S. 2 findet keine Anwendung, wenn dauernde und vollständige sowie unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung für den Dienstverpflichteten eintritt. Handelt es sich dagegen nur um zeitweise oder theilweise Unmöglichkeit, z. B. vorübergehende Unfähigkeit des Dienstverpflichteten, so bedarf es der Kündigung und § 628 Abs. 1 S. 2 findet Anwendung (Schöller, Gruchots Beitr. **46** 283 ff).

§ 628 BGB. ist bezüglich des Gebührenanspruchs des Rechtsanwalts durch den als Sonderrecht in Geltung gebliebenen § 50 GO. f. R. dahin eingeschränkt, daß der Verlust des Gebührenanspruchs bei Kündigung nur im Falle des Verschuldens des Anwalts, nicht auch schon beim Mangel eines Verschuldens beider Theile eintritt. (Walter-Joachim, GO. f. R. 29.)

§ 628 ist auch auf gewerbliche Arbeitsverhältnisse anwendbar. GG. Kiel, GewGer. **6** Sp. 118.

§ 629. Als ein „dauerndes Dienstverhältniß" ist nur ein solches anzusehen, welchem die Gewähr einer gewissen Stabilität innewohnt, sei es, daß der Dienstvertrag auf einen längeren Zeitraum von bestimmter Dauer festgelegt, oder daß bei unbestimmter Dauer eine Kündigungsfrist vorgesehen ist, welche den Dienstverpflichteten gegen die Gefahr eines plötzlichen Verlustes seiner Stellung schützt. In der effektiven Dauer der Arbeitsthätigkeit kann das entscheidende Merkmal nicht gefunden werden. GG. Ludwigshafen a. Rh., GewGer. **7** Sp. 238.

Die Frage, ob der Arbeiter Anspruch auf Vergütung für die zum Aufsuchen eines anderen Dienstes gewährte Zeit hat, ist vom GG. Solingen (GewGer. **7** Sp. 142) unter Bezugnahme auf § 616 bejaht worden, während das GG. Hanau die Frage verneint, weil eine Anwendung des § 616 auf den Fall des § 629 bei völligem Schweigen des Gesetzes nicht stattfinden kann. (GewGer. **7** Sp. 239 ff.)

Das Recht auf Urlaub zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses kann durch den Vertrag nicht ausgeschlossen werden. Marwitz a. a. O. 67.

§ 630. 1. § 630 hat das Recht des dienstpflichtigen resp. gewerblichen Arbeiters auf Aushändigung eines Zeugnisses zum Bestandtheile weder des Dienstvertrags noch insbesondere des Arbeitsvertrags gemacht (v. Schulz a. a. O. **14** 154, vgl. auch Schalhorn a. a. O. Sp. 79), anderer Ansicht Cuno, Gew.-Ger. **4** Sp. 67. Siehe hierzu v. Schulz in der Sozialen Praxis vom 30. 3. 99, Sp. 714 ff. Zur Geschichte des Arbeitszeugnisses siehe v. Schulz in Brauns Archiv **14** 149 ff.

2. „Bei der Beendigung" heißt — auch im Sinne des § 73 HGB. — im Zeitpunkte der Beendigung, also kann der Verpflichtete das Zeugniß nicht schon mit der Kündigung fordern. OLG. **3** 78 (Darmstadt) u. Seuff. Arch. **57** 27. Ebenso Planck, Anm. 2 zu § 630 (a. M. Staub, § 73 Anm. 1 u. 2 u. OLG. Colmar, Elſ. Lothr. JZ. **27** 478).

Gegen das Darmstädter Urtheil Goldmann, R. **01** 453 ff. hinsichtlich des § 73 HGB., der aus der Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen nachzuweisen sucht, daß man dem Handlungsgehülfen habe das Recht gewähren wollen, schon vor der Beendigung des Dienstverhältnisses, vom Tage der Kündigung ab, ein Zeugniß zu verlangen. Oertel im SächsA. **12** 28 ff. vertritt dagegen den Standpunkt, daß die Worte „bei Beendigung" im § 73 HGB. dieselbe Bedeutung haben wie im § 630 BGB. Insbesondere weist er aus der Entstehungsgeschichte des § 630 eingehend nach, daß der Dienstpflichtige weder vor noch nach Beendigung des Dienstverhältnisses, sondern nur am Tage des Austritts das Zeugniß zu fordern berechtigt sei. Hingegen will Marcus, R. **02** 610, mit Staub die Thatsache der Kündigung für entscheidend halten und dieses aus der ratio der §§ 629, 630 folgern, welche das Fortkommen des Dienstthuenden zu fördern beabsichtigen.

3. Durch § 630 wird die Durchführung des Anspruchs auf ein Dienstzeugniß der Polizeibehörde nicht entzogen, soweit sie ihr nach Landesrecht zusteht. Vollmer, Fischers Zeitschr. f. Pr. u. Gesetzg. d. Verw. **23** 34.

Da das Zeugniß eine Wissens- und keine Willenserklärung ist, so muß der Arbeitgeber dem Dienstboten ein Zeugniß über die Dauer des Dienst-

verhältnisses selbst dann ausstellen, wenn er zur Ausstellung des Zeugnisses verurtheilt und der Inhalt des Zeugnisses fest bestimmt ist; also keine Zwangsvollstreckung aus CPO. § 894 Abs. 1. Hellwig, Anspruch 446 Note 8.

Siebenter Titel.
Werkvertrag.

§ 631. 1. Einzelne Fälle des Werkvertrags und seine Abgrenzung gegen ähnliche Verträge (vgl. auch oben N. 1 zu § 611).

a) Die Postanweisung ist reiner Werkvertrag, nicht locatio conductio irregularis, nicht Frachtgeschäft, nicht Mandat und nicht „Anweisung" im technischen Sinne. Riezler 70, 83 f.

b) Bei Benutzung der Eisenbahn, und zwar auch des sog. D-Zuges, liegt nur ein durch besondere Klauseln modifizirter Werkvertrag vor, nicht zugleich eine Sachenmiethe. Riezler 50.

c) Der sog. Entreprisevertrag ist wie schon nach gemeinem Rechte Werkvertrag (gegen Dankwardt, Jherings J. **13** 299 ff.). Riezler, Werkvertrag 18 u. 33.

d) Der Impresariovertrag ist kein Dienstvertrag, da nicht die Dienste des kontrahirenden Impresario gemiethet werden; auch ist er kein Werkvertrag, da nicht der durch die Dienste der Künstler 2c. zu erreichende Erfolg, sondern diese Dienste selbst Gegenstand des Vertrags sind. Es handelt sich vielmehr um einen besonderen Dienstverschaffungsvertrag.

Bei einem solchen Vertrage wird regelmäßig anzunehmen sein, daß der Impresario die Garantie für die Leistung der Dienste übernimmt, da anderen Falles der Unternehmer, der ja nur mit dem Impresario, nicht mit dem Künstler kontrahirt, bei Nichtleistung sich an Niemand halten könnte. OLG. **3** 22 ff. (Hamburg) u. Seuff. A. **56** 397 ff.; vgl. auch BayrObLG., Seuff. A. ebenda 395.

e) Ein Bauvertrag ist auch dann, wenn die von dem Bauherrn an den Bauunternehmer zu zahlende Bausumme nach dem Werthe der einzelnen Bauarbeiten und der verwendeten Baustoffe zu berechnen ist, als Werkvertrag anzusehen. OLG. Marienwerder, Seuff. A. **55** 396.

In Uebereinstimmung mit dem Reichsgericht in dem Urtheile vom 3. November 1899 kann auch im versicherungsrechtlichen Sinne nach B. Hilse, R. **00** 432 als Bauherr nur derjenige gelten, welcher die Bauausführung bestellt hat, aber nicht, wie das Reichsversicherungsamt (Handbuch d. Unfallvers. 718) annimmt, schon derjenige, welchem der wirthschaftliche Erfolg aus der Bauausführung zu Statten kommt. Deshalb ist (Annalen f. Gewerbe- u. Bauwesen 1901) auch nur der Besteller der Arbeiten, nicht aber (Centralbl. f. Grundstück- u. Hypoth.-Verkehr **4** 195) der Besitzer oder Erwerber des Baugrundstücks der Berufsgenossenschaft für rückständige Umlagebeiträge oder Prämien aus Gewerbl. UVersG. § 104, Bau-UVersG. § 29 eintrittsverpflichtet.

Ein Vertrag, nach dem der eine Kontrahent für den anderen auf einem bestimmten Platze ein Wohnhaus errichten soll, ohne daß über die Beschaffenheit des Hauses Näheres oder über die Vergütung irgend etwas bestimmt ist, ist kein Werkvertrag im Sinne von § 631. Höchstens könnte das in dem Vertrag enthaltene Versprechen der einen Partei, den Hausbau der anderen zu übertragen, als Vorvertrag aufgefaßt werden. Jedoch auch dieser Vorvertrag, für den mangels einer besonderen Regelung der Vorverträge im BGB. die Regeln über Verträge in Anwendung kommen, würde nach § 154 nicht als geschlossen zu erachten sein. Denn die Vorschrift des § 154 bedingt nach der Natur des Vorvertrags, daß dieser den Inhalt des Hauptvertrags so in sich enthalten muß, daß ein richterliches Urtheil darauf ergehen kann. OLG. **2** 178 ff. (Karlsr.).

Ein Künstler bleibt nach B. Hilse (Selbstverwaltung **28** 289) geistiger Eigenthümer seines Kunstwerkes. Deshalb bedarf er nicht der Genehmigung des Empfängers eines solchen zur nachmaligen Verwendung des Modells zwecks Herstellung eines neuen Erzeugnisses.

f) Der zwischen einem Elektrizitätswerk und einer Gemeinde abgeschlossene, die Besorgung der öffentlichen Beleuchtung betreffende Vertrag ist ein Werkvertrag; der bezweckte Erfolg besteht nicht in der bloßen Erzeugung und Unterhaltung eines elektrischen Stromes in der Leitung, in der die Lampen eingeschaltet sind, sondern in der Erhellung eines bestimmten Raumes in der vereinbarten Ausdehnung und Intensität.

Kein Werkvertrag ist hingegen der von dem Besitzer einer elektrischen Anlage mit seinen Abonnenten über die Abgabe von Energie zum Zwecke der Beleuchtung ihrer Wohnungen, des Antriebs ihrer Motoren 2c. abgeschlossene Vertrag. Denn der Erfolg, die Beleuchtung u. s. w. wird nicht durch den Unternehmer, sondern durch den Abonnenten selber, vermittelst Handhaben des Ausschalters, herbeigeführt; die elektrische Energie dient letzterem nur als Mittel zum Zwecke. Als Resultat der Arbeitsleistung des Unternehmers könnte somit nur die Erzeugung und Unterhaltung des vorgeschriebenen Spannungsunterschieds an den Klemmen des Ausschalters erscheinen; dies ist aber, im Unterschiede vom sogen. immateriellen Opus, das — wenn auch meist nur in der Vorstellung — sich als ein in sich abgeschlossenes Ganzes präsentiren und von der Arbeitsleistung als solches sich abheben muß, nichts Anderes als die Arbeitsleistung selber, deren einzelne Theile, auch wenn eine Unterbrechung eintritt, von der durchgeführten Arbeit sich nur der Zeitdauer nach, also nur in quantitativer Beziehung, unterscheiden, während andererseits ein Theil des unterbrochenen immateriellen Opus ein auch qualitativ minderwerthiges Werk ist. Pfleghart, Elektrizität 243 ff. u. 291 ff.; a. A. Rehbein, Komm. z. BGB. § 90 unter 2 C). Die vertragsmäßige Uebernahme der Einrichtung einer elektrischen Beleuchtungsanlage in einem Hause ist nicht als Kauf, sondern als Werkverdingung aufzufassen. BayrObLG. R. **02** 588. A. M. RG. Rhein. Arch. **97** Abt. 2 41.

g) Ist bei der Bestellung einer Maschine nur ein verhältnißmäßig kleiner Theil derselben unfertig, so liegt Kauf, nicht Werkvertrag vor. RG. JW. **01** 406, 407.

h) Der Krediterkundigungsvertrag stellt sich ebenfalls als Werkvertrag dar. KG. (entschieden nach ALR.), KGBl. **12** 96.

i) Auch der Bühnenengagementsvertrag ist eine Werkverdingung, da auch hier die Absicht des Unternehmers darauf geht, ein gewisses Endergebniß herbeizuführen. Opet, Kr.V.Schr. **40** 360, BayrObLG., Seuff. Bl. **66** 331.

2. Abs. 1. a) Substitution: Für den Werkvertrag nicht wesentlich ist, daß die Herstellung des Werkes durch den Unternehmer persönlich erfolge. Substitution ist jedoch unerlaubt, wenn es sich um Leistungen handelt, bei welchen die individuelle Eigenart des Unternehmers von solcher Bedeutung ist, daß durch sie erst das Werk sein besonderes Gepräge oder einen besonderen Werth erhält. Riezler 33 f. und 107; anders Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag 38 f.

Der Unternehmer haftet für einen, wenn auch erlaubter Weise, angenommenen Substituten nicht nur bei eigener culpa in eligendo und custodiendo, sondern er steht schlechthin für jedes Verschulden des Substituten ein. Riezler 108 ff.; gegen Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte 294 ff.

b) Wo ein Zwang zum Kontrahiren auf polizeilicher Anordnung beruht, kann Niemand aus ihm Privatrechte ableiten. Riezler 96 f.

Die Ertheilung einer Konzession zu einem Gewerbebetrieb, eine öffentliche Approbation (abgesehen von StGB. § 360 Ziff. 10), die Ertheilung eines Prüfungszeugnisses oder eines Befähigungsscheins oder eine Beeidigung vermögen einen Zwang zur Eingehung von Werkverträgen nicht zu begründen, ebensowenig die bloße öffentliche Ausübung eines Berufs. Riezler 96 ff.; anders Biermann, Jherings J. 32 267 ff. für approbirte Aerzte.

3. Abs. 2. Gegenstand des Werkvertrags: Der „Erfolg" braucht nicht ein günstiger Erfolg zu sein. Auch fruchtloses Thun kann ein „Erfolg" sein. Z. B. haben der Rechtsanwalt, der für seine Partei gegen ein Versäumnißurtheil Einspruch einlegt, mit diesem Einspruch aber nicht durchdringt, und der Arzt, dem trotz seiner Bemühungen der Patient nach der Operation stirbt, einen „Erfolg" im Sinne des § 631 Abs. 2 herbeigeführt. Riezler 91 f.

Ueber den „Erfolg" als Gegenstand des Werkvertrags Boethke, Gruchots Beitr. **45** 717 ff. Der Erfolg ist nicht der Zweck der Arbeitsleistung, sondern gleichbedeutend mit der Summe der zu einem gewissen Zwecke aufzuwendenden Arbeit.

§ 632. Abs. 2 steht einer Einigung über den Maßstab der Berechnung, ohne daß die Höhe der Vergütung ziffermäßig bestimmt worden ist, nicht entgegen. **RG.** JW **02** Beil. 253.

§ 633. 1. Abs. 1. Auch eine unerhebliche Minderung des Werkes oder der Tauglichkeit kommt (anders wie beim Kauf § 459 Abs. 1 S. 2) für die Herabsetzung der Vergütung in Betracht. Wandelung nach § 634 kann allerdings deswegen nicht verlangt werden. OLG. Breslau, R. **02** 556. OLG. Naumburg R. **01** 562.

2. Abs. 3. Der Besteller hat kein Recht, den Ersatz des für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Betrags zu fordern, ohne daß er thatsächlich denselben aufwandte. Hachenburg a. a. O. 71.

§ 634. 1. Abs. 1. Die Fristsetzung des § 634 Abs. 1 setzt Verzug des Unternehmers nicht nothwendig voraus. Auch bei Verzug des Unternehmers in der Beseitigung der Mängel giebt aber der fruchtlose Ablauf der Frist dem Besteller nur den in kurzer Frist verjährenden Wandelungs-, Minderungs- oder Schadensersatzanspruch (vgl. Anm. zu § 635), nicht dagegen das Wahlrecht zwischen Rücktritt und Schadensersatz aus § 326. Schöller, Gruchots Beitr. **46** 255 ff.

Die zwischen dem Wandelungsrecht und dem Minderungsrechte vom Besteller einmal getroffene Wahl wird (auch ohne Fristsetzung durch den Unternehmer) unwiderruflich, wenn die aus dem gewählten Rechte gestellte Klage zu einem rechtskräftigen Urtheile gegen den Unternehmer geführt hat. Riezler 117.

Bei der Minderung ist die Vergütung in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Abschlusses des Werkvertrags der Werth der als bereits existirend zu fingirenden Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werthe gestanden haben würde. Riezler 120 f.

2. Abs. 2. **RG. 52** 315 ff. u. JW. **02** Beil. 275, s. oben § 327, vgl. auch OLG. **4** 41 (Karlsr.).

3. Abs. 4. Wenn der Besteller Wandelung geltend macht, so besteht die ihm nach § 346 obliegende Rückgewähr der Leistung des Unternehmers lediglich darin, daß er die Trennung des Werkes und der Zuthaten vom Stoffe seitens des Unternehmers auf dessen Kosten unter Wiederherstellung des früheren Zustandes dulden muß. Verpflichtet zur Wiederherstellung des früheren Zustandes wird der Unternehmer durch die Wandelung nicht. Denn die Hingabe des Stoffes zur Herstellung des Werkes ist keine Leistung des Bestellers im Sinne des § 346, die der Unternehmer zurückgewähren müßte. Da der Besteller trotz der

Verarbeitung Eigenthümer des verarbeiteten Stoffes bleibt, so ist andererseits der Unternehmer nicht berechtigt (aber auch nicht verpflichtet), das Werk in Verfolg der Wandelung zu behalten und zu erwerben. Vielmehr verbleibt — unbeschadet der Trennungsbefugniß des Unternehmers — das Werk dem Besteller gegen Verpflichtung desselben, dem Unternehmer die auf das Werk verwandte Arbeit nebst Zuthaten nach Bereicherungsgrundsätzen zu erstatten. Schöller, Gruchots Beitr. **46** 258 ff.

Hachenburg a. a. O. 73 ff.: Bei der Wandelung des Werkvertrags wegen Fehler des Werkes ist § 346 Satz 2 anzuwenden. Für die geleisteten Dienste ist deren Werth dem Unternehmer zu vergüten. Nur wenn die Arbeit werthlos ist, erhält der Unternehmer nichts. Ein Recht des Bestellers, zu verlangen, daß der Unternehmer die durch ihn mangelhaft bearbeiteten Sachen behält und dem Besteller den Werth des Stoffes vergüte, kennt das BGB. nicht.

Wandelung und Minderung werden sich häufig decken. Bei beiden wird eine Herabsetzung der zugesagten Vergütung erfolgen. Bei der Minderung ist jedoch die Zeit des Abschlusses maßgebend. Eine inzwischen eingetretene Preissteigerung oder -Herabsetzung bleibt außer Ansatz. Bei der Wandelung sind die Arbeitsleistungen nach deren Werth im Momente der Abnahme des Werkes zu vergüten. Im Leben wird sich die Sache so abspielen, daß der Besteller dem Unternehmer einen Abzug macht. Er wird im Prozesse diesen Abzug nach beiden Gesichtspunkten hin rechtfertigen und den vortheilhaftesten Weg beschreiten.

§ 635. Dem hier genannten Falle der schuldhaft mangelhaften Herstellung des Werkes ist es gleichzusetzen, wenn der Unternehmer die Beseitigung des ohne sein Verschulden entstandenen Mangels schuldhaft unmöglich macht oder wenn er den Mangel innerhalb der Frist des § 634 schuldhaft nicht beseitigt. In beiden Fällen entsteht ein Schadensersatzanspruch des Bestellers und zwar der in kurzer Frist verjährende des § 635, nicht derjenige aus §§ 325, 326. Schöller, Gruchots Beitr. **46** 257; vgl. auch Anm. zu § 634.

§ 636. RG. **52** 317 f. oben § 327.

§ 638. Der Werkmeister ist verpflichtet, seiner dem Besteller gegenüber übernommenen Verbindlichkeit selbst dann Genüge zu leisten, wenn es zu seinem Schaden ausschlagen sollte, und haftet für verspätete Fertigstellung des Werkes. Hiervon befreit ihn höhere Gewalt, also (B. Hilse, Baugewerks-Ztg. **32** 355) auch eine Ausstandsbewegung der Arbeiter, wenn sie unter diesen Begriff unterzuordnen ist. Rechtliche Bedenken stehen (Monatsbl. für den städtischen Grundbesitz **6** 31) zwar dem nicht entgegen, in der Bauverdingung eine Vereinbarung zu treffen, wonach um die Zeitdauer eines Streikes die Fertigstellungsfristen hinausgeschoben werden; allein solche muß ausdrücklich den Vertragswillen beider Theile unzweideutig zum Ausdrucke bringen. Es reichen deshalb (ebenderselbe, Selbstverwaltung **28** 17) die seitens der organisirten Bauunternehmer beschlossenen Maßregeln nicht aus, diese Rechtswirkung herbeizuführen, selbst abgesehen davon, daß solche für Mitglieder einer Zwangsinnung Gew.O. § 100g nicht zuläßt.

„Abnahme" ist diejenige Abnahme, die dem Besteller die Möglichkeit giebt, die Vertragsmäßigkeit des Werkes zu untersuchen. Rosenberg, Iherings J. **43** 255; vgl. den entsprechenden Begriff „Ablieferung" N. 2 zu § 477.

Die Verjährungsfrist kann im Falle des § 638 nicht über die Dauer von 30 Jahren hinaus verlängert werden. Riezler 128 f. gegen Planck.

§ 640. Die Abnahme des Werkes ist in einem anderen Sinne zu verstehen, als die Abnahme der Waare beim Kaufmanne. Diese ist die thatsächliche Weg- und Ansichnahme der Waaren, die Abnahme des Werkes ist gleich-

bedeutend mit der Annahme der als Erfüllung angebotenen Leistung nach § 363. Tränkner, SächsA. 9 172. Vgl. Rosenberg, Iherings J. **43** 246 ff.

Die „Annahme" im Sinne des § 640 hat nicht nur die Bedeutung einer realen Uebernahme des Werkes, sondern auch die einer die Billigung des Werkes enthaltenden Willenserklärung. Riezler 138 ff., a. A. namentlich Dernburg, Bürgerl. R. II 2 432 f. Ebenso OLG. Naumburg, R. **01** 562.

§ 644. Die Gefahr geht beim Werkvertrage mit der Abnahme, d. h. nicht schon mit der Besitzübergabe, sondern erst mit der Entgegennahme als Erfüllung über. Kisch 69.

Zu § 644 Satz 2 vgl. Rosenberg, Iherings J. **43** 283.

§ 645. Das BGB. hat die sogenannte Sphärentheorie abgelehnt, d. h. es kommt nicht darauf an, ob die Unmöglichkeit der Leistung ihren Grund hat in einem Zufalle, der den Bereich des Bestellers trifft, oder ob der Zufall in der Sphäre des Werkmeisters entstanden ist. Vor der Abnahme hat der Unternehmer — von den gesetzlichen Ausnahmen abgesehen — für jede Gefahr einzustehen. Eine Benachtheiligung der produktiven Stände, die Oertmann in Grünhuts Z. **24** 68 hierin erblickt, wird durch eine ausgedehnte Interpretation des § 645 vermieden, die fast immer zu einem der Sphärentheorie entsprechenden befriedigenden Resultate führen wird. Cuno, Gefahrübergang bei Gattungsschulden 69.

§ 647. Das Pfandrecht des Werkunternehmers ist nicht durch den Satz „Hand muß Hand wahren" geschützt (Siber a. a. O. 32 f., 45). Doch erlischt ein an der Sache bestehendes älteres Vermietherpfandrecht meist gemäß § 560 mit der Uebergabe an den Unternehmer, vorausgesetzt, daß mit dieser eine Entfernung vom Miethgrundstücke verbunden ist. Siber 45, 80.

Als „Forderungen aus dem Vertrage" können nur diejenigen angesehen werden, deren Grundlage der Vertrag bildet, dagegen nicht Prozeßkosten, die aus der prozessualen Geltendmachung der Forderung entstehen, mit der Forderung aus dem Vertrag also keinen inneren Zusammenhang haben. OLG. **1** 398 (Posen).

§ 648. 1. Dieser Paragraph muß als eine Ausnahmevorschrift zu Gunsten einer Gruppe von Werkmeistern streng ausgelegt werden, kann also keine weitergehende Anwendung finden, als welche nach dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte der Rechtsregel die gesetzgebenden Körperschaften ihr beilegen wollten. Hilse, R. **02** 459.

2. Voraussetzung des Anspruchs aus § 648. a) Wesentlich ist, daß die zu sichernde Forderung aus dem Vertrage zwischen dem Unternehmer oder Bauhandwerker und dem Eigenthümer des Grundstücks resultirt; daher fällt unter § 648 nicht ein Vertrag mit dem Zwischenunternehmer, z. B. mit dem Architekten, welcher die Ausführung des Baues in Entreprise genommen hat. Auch steht der Anspruch dem Lieferanten von Baumaterialien nicht zu, ferner nicht dem Lieferanten einer selbständigen beweglichen Sache, z. B. einer Ziegelpresse, wenn dieselbe durch den Besteller selbst — mag er sich auch hierbei der Hülfe des Monteurs, des Lieferanten bedient haben — in das Grundstück eingebaut worden ist, wie das RG. JW. **02** Beil. 219 angenommen hat; Dernburg II 2 444, Oberneck § 156 Nr. 1, Neumann, Anm. 1 zu § 648, Planck, Anm. 2 zu § 648, Oertmann, Anm. 3 zu § 648, Crome, Recht der Schuldverhältnisse 692 ff.

Dagegen hat die Praxis den Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek demjenigen, der das Herstellen und Einsetzen von Fenstern, und dem, der die Lieferung von Thüren und Treppen und deren Einfügung in den Neubau durch Vertrag mit dem Bauherrn übernommen hatte, gewährt, weil es sich hier um die Herstellung eines einzelnen Theiles eines Neubaues und nicht nur um

die Uebernahme einer Lieferung im Sinne des § 651 handelt. OLG. **1** 433 (Cöln), **2** 382 (BayrObLG.); vgl. auch LG. München I, R. **01** 231.

b) In Uebereinstimmung mit den obengenannten Schriftstellern und mit OLG. **2** 283 (Kammergericht) nimmt Crome a. a. O. 694 an, daß nicht nur die Herstellung eines Bauwerkes, sondern auch schon einzelner Theile eines solchen privilegirt ist, auch braucht es sich nicht um einen Neubau zu handeln, es genügt vielmehr die Veränderung eines älteren Bauwerkes.

3. a) Der Anspruch aus § 648 kann durch Vormerkung gesichert werden, der aber dadurch keinen dinglichen Charakter erhält. OLG. **4** 237 (Dresden). Vgl. Biermann, Widerspruch und Vormerkung 137 u. Oberneck, § 156 Nr. 1. Letzterer und Neumann, Anm. 4 betonen, daß die Eintragung einer Vormerkung im Wege einstweiliger Verfügung nur angeordnet werden darf, wenn auf die Einräumung der Sicherungshypothek, nicht aber auch, wenn nur auf Zahlung der Bauhandwerkerforderung geklagt worden ist. Vgl. RG. **30** 351.

b) Das KG. (Jahrb. **21** A 100 u. OLG. 2 221) hat des Näheren dargelegt, daß die Beschränkung des § 865 CPO auf die Sicherungshypothek aus § 648 keine Anwendung findet.

c) Das OLG. Kiel hat am 21. 11. 01 (OLG. **4** 46 u. Seuff. A. **57** 135) angenommen, daß der Anspruch aus § 648 kein der Forderung des Bauhandwerkers gesetzlich zustehendes Nebenrecht ist, welches ohne besondere Abtretung auf den Zessionar der Bauhandwerkerforderung übergeht. Nur wenn bereits eine Vormerkung oder eine Sicherungshypothek vor der Zession eingetragen war, geht sie mit über.

Dagegen nimmt Teutsch, Seuff. Bl. **67** 118 ff. an, daß der Anspruch ohne Weiteres übergehe, weil dieser Anspruch ein zur Verstärkung und Sicherung der Hauptforderung bestehendes Nebenrecht sei und nicht bloß zu Gunsten des Bauhandwerkers statuirt, sondern mit der Forderung aus dem Vertrage selbst verknüpft sei. Auch Francke, R. **02** 260 nimmt gegen das OLG. Kiel Stellung, weil der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek zu den pfandrechtlichen Befugnissen — den Hypotheken und Pfandrechten des § 401 — gehöre und deshalb mit übergehe. Vgl. oben Note zu § 401.

d) Der Unternehmer eines Bauwerkes hat wegen der ihm möglicher Weise in der Zukunft durch den Prozeß mit dem persönlichen Schuldner erwachsenden Kosten keinen gesetzlichen Hypothekentitel. KG., R. **02** 101. Ebenso kann auch ein Anspruch auf Eintragung wegen eines für den Fall des Rücktritts vom Werkvertrage vereinbarten Reugeldes nicht geltend gemacht werden, da die Forderung auf Reugeld nicht als Entschädigungsforderung für die Bauzeichnungen und Kostenanschläge angesehen werden kann. OLG. Posen, PosMschr. **5** 108 (vgl. auch oben N. 2 zu § 647).

4. Sicherungshypothek. a) Oberneck § 156 Nr. 1 hebt hervor, daß durch § 648 dem Unternehmer eines Bauwerkes nur der Anspruch auf Bestellung einer Sicherungshypothek gegeben ist, keineswegs aber eine Sicherungshypothek von Rechtswegen oder kraft Gesetzes; der gesetzliche Titel ersetzt nur die obligatorische Verpflichtung des Eigenthümers zur Bestellung der Sicherungshypothek. Ebenso Crome, Recht der Schuldverhältnisse 693.

b) Der Anspruch auf Einräumung der Sicherungshypothek ist erst begründet, insoweit geleistet worden ist, nicht aber schon mit Abschluß des Vertrags. Auf die Fälligkeit des Anspruchs kommt es nicht an; Neumann Note 2 zu § 648, Crome a. a. O.

§ 650. Die Vergünstigungen einer verhältnißmäßigen Preiserhöhung kommen nach B. Hilse (Deutscher Dachdecker **21** 177, Baugewerks-Ztg. **32** 701,

Münchener Bauzeitung 00) demjenigen Bauunternehmer nicht zu Statten, welcher auf Grund eines von ihm selbst angefertigten Kostenanschlags sich an einem Unterbietungsverfahren betheiligend, den Bau übertragen erhält, der genau in den Grenzen des Entwurfes ausgeführt wird (vgl. auch OLG. Marienwerder, Seuff. A. 55 396).

§ 651. 1. Natur des Werklieferungsvertrags. Für die Frage, ob ein Vertrag als Kauf oder als Werkvertrag anzusehen ist, im weiteren Sinne, ob er zu den Tausch- oder zu den Arbeitsverträgen gehört, ist maßgebend die Beantwortung der Frage: enthält dieser Vertrag eine selbständige Veräußerungspflicht, also eine solche bezüglich der fertigen Sache? Dies ist immer der Fall, wenn die Sache sich mit der Beendigung der Herstellung bez. Bearbeitung nicht im Eigenthume des Bestellers befindet. Dieses Sachverhältniß ist dann stets gegeben, wenn der Werklieferant Hauptmaterial zu der Sache zu liefern hat, in einem Ausnahmsfalle selbst dann, wenn er keinen materiellen Stoff liefert. Ist sonach der Werklieferungsvertrag (im weiteren Sinne) seiner juristischen Natur nach zu den Tauschverträgen zu rechnen, so ist damit doch nicht gesagt, daß er nun ausschließlich den Normen des Kaufes bez. Tausches unterworfen wird. Emerich, Kauf- u. Werklieferungsvertrag § 2.

Dies kann nur da (mit geringer Einschränkung) zutreffen, wo der Vertrag überhaupt keine necessitas faciendi enthält, also bei dem sogenannten „Lieferungsvertrage". Bei dem Werklieferungsvertrag im engeren Sinne liegt begriffsgemäß eine solche necessitas faciendi vor. Obgleich dieselbe gegenüber der Veräußerungspflicht nicht selbständig ist, begründet sie doch eine Verwandtschaft mit dem Werkvertrag und einen Gegensatz zum Kaufe. Dieser Verwandtschaft und einzelnen speziellen praktischen Erwägungen, insbesondere bez. der Nothwendigkeit eines stärkeren Schutzes der Werklieferanten bei der Mängelgewähr ist im § 651 in einem vielleicht zu weitgehenden Maße dadurch Rechnung getragen, daß die Vorschriften des Werkvertrags en bloc neben bez. an Stelle derjenigen des Kaufes für den Werklieferungsvertrag als anwendbar erklärt sind. Für die anzuwendenden Paragraphen zu vgl. § 9 der Emerich'schen Abhandlung, für die Schwierigkeiten bzw. Bedenken bezügl. der Anwendung der Bestimmungen über den Werkvertrag zu vgl. Emerich 57 ff., 64, 79 ff., 82 ff.

Die Abgrenzung des Lieferungsvertrags vom (eigentlichen) Werklieferungsvertrage nach dem objektiven Merkmale der Vertretbarkeit oder Nichtvertretbarkeit der herzustellenden Sachen ist deshalb keine sehr glückliche, weil diese Merkmale selbst nicht scharf genug sind, um ohne große Schwierigkeiten als solche erkannt zu werden. Emerich 18 und 5. Ihre Ergänzung soll deshalb diese objektive Bestimmung in der subjektiven Auffassung der Parteien finden.

Kein Unterschied wird im § 651 dahin gemacht, ob der Werklieferant die Sache selbst herzustellen hat oder herstellen lassen darf.

Die Definition des Werklieferungsvertrags nach § 651 ist folgende: „der gegenseitige obligatorische Vertrag, durch welchen sich Jemand gegen das Versprechen einer Vergütung zur Lieferung einer nicht vertretbaren oder dieser gleich geachteten Sache verpflichtet, welche er zu diesem Zwecke herzustellen bez. herstellen zu lassen hat". Emerich 28. Bei Kündigung seitens des Bestellers braucht er die unfertige Sache nicht anzunehmen, hat aber auch keinen Anspruch auf Uebereignung derselben. Emerich 82. Unter „Abnahme" ist beim Werklieferungsvertrage körperliche Hinwegnahme der Sache verbunden mit Billigung (Annahme als Erfüllung) des Werkes zu verstehen. Emerich 88, a. M. Cosack. Ein Annahmeverzug des Bestellers kann trotz § 297 BGB. auch dann vorliegen, wenn die Sache noch nicht als fertige existirte, wenn nämlich der Werklieferant Alles gethan hat, was von seiner Seite zur Leistung erforderlich war, die Hem-

mung derselben nur am Gläubiger lag. Emerich 97. Die Deponirung, bez. Versteigerung (Selbsthülfeverkauf) einer erst herzustellenden oder noch zu bearbeitenden Sache ist nicht angängig. Emerich 98. Dies gilt auch beim sog. Spezifikationskauf. A. M. das RG. u. a. **10** 100.

2. Abs. 1. Wenn mit Materialien des Unternehmers ein Bau errichtet wird und nicht der Eigenthümer des Bodens, sondern ein anderer Berechtigter (§ 95 Abs. 1 Satz 2 BGB.) der Besteller ist, so ist ein Werklieferungsvertrag anzunehmen. Boethke, Gruchots Beitr. **45** 716.

Die zwischen einer elektrischen Unternehmung und ihren Kunden bestehende, auf die Verschaffung elektrischer Energie gerichtete Vereinbarung ist kein Werklieferungsvertrag, weil, ganz abgesehen vom Mangel eines als Substrat der Arbeit dienenden Stoffes, auf die Werklieferung die Grundsätze des Kaufvertrags Anwendung finden, und die Konsumenten elektrischer Energie obliegenden Verpflichtungen bezw. ihm zustehenden Rechte sich mit denjenigen eines Käufers oder Bestellers nicht in Uebereinstimmung bringen lassen. Pfleghart, Elektrizität 295 f. Vgl. oben Note 2 zu § 433 u. 1 f. zu § 631.

Der sog. Spezifikationskauf ist nur als Kauf zu betrachten, § 651 ist nicht anwendbar. Emerich a. a. O. 69 f.. Anders Planck II 390.

3. Maschinen von bekannter, gewöhnlicher Art üblicher Beschaffenheit, bei denen es auf eine bestimmte Leistungsfähigkeit nicht ankommt, sind als vertretbare Sachen anzusehen. RG. JW. **01** 406 f.

4. Abs. 2. Emerich a. a. O. 63 ff.: Bei der Frage der Anwendbarkeit des § 651 Abs. 2 kommt es nicht darauf an, ob der vom Unternehmer gelieferte Stoff im Verhältnisse zu seiner Arbeit als Nebensache erscheint, sondern nur darauf, ob er im Verhältnisse zu dem übrigen zu verwendenden Stoffe Nebensache ist. Der Maler, welcher sich verpflichtet, ein Porträt zu malen und hierzu, wie es üblich ist, Farben und Leinewand selbst stellt, schließt daher keinen reinen Werkvertrag ab, auch wenn der Werth der Materialien im Vergleiche zur schöpferischen Thätigkeit des Künstlers noch so sehr als Nebensache erscheint.

Liefern beide Parteien ungefähr gleichwerthiges Material, so ist der Vertrag nach § 651 Abs. 1 als Kauf zu behandeln, nicht als Werkvertrag (64 f.). Anders Planck II 390.

Achter Titel.

Mäklervertrag.

§ 652. 1. Theorie. a. Die Vorschriften dieses Titels gelten auch für den Arbeitsnachweis der Innungen und der Handwerkskammern, nur daß für den Anspruch auf Zahlung des Mäklerlohns der Rechtsweg ausgeschlossen ist. Friedrichs, Prozeßpraxis 574.

b. Kurt Jacusiel, Das Recht der Agenten und Mäkler 4: Nicht aus dem Begriffe des Mäklervertrags, sondern aus den Abmachungen des Einzelfalls ist zu entnehmen, ob der Mäkler eine einseitige Stellung zu Gunsten seines Auftraggebers, oder eine objektive Stellung zwischen den Parteien einnehmen soll. A. M. Düringer u. Hachenburg, HGB. 281.

Ein Vertrag, durch welchen eine Belohnung für eine Unterlassung versprochen wird, ist nie Mäklerververtrag. Jacusiel 10. A. M. Neubauer, A.bürgR. **6** 8.

Den Mäkler trifft keine Erkundigungspflicht bezüglich der Solvenz des Gegenkontrahenten. Jacusiel 15. A. M. RG. DJZ. **97** 365.

Ist der vermittelte Vertrag unter einer auflösenden Bedingung geschlossen, so ist die Provision mit dem Vertragsschlusse verdient, muß aber bei Eintritt der

Bedingung zurückgezahlt werden. Jacusiel 32. A. M. Düringer u. Hachenburg § 199 Ia.

Eine auf Begründung einer Verpflichtung des Mäklers zu gewissen Handlungen oder zur Entfaltung einer gewissen Thätigkeit gerichtete Vereinbarung schließt den Begriff des Mäklervertrags nicht aus. Planck 393 III. Abs. 3, Jacusiel 10. A. M. Riesenfeld, Gruchots Beitr. 37 847.

Der Mäkler tritt dadurch, daß er mit dem Gegenkontrahenten Unterhandlungen anknüpft, nicht in ein Vertragsverhältniß zu diesem; er haftet daher dem Gegenkontrahenten für einen durch sein Verschulden herbeigeführten Schaden nur nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen. Planck 394 unter III. A. M. Riesenfeld 272.

c. Handelt der Auftraggeber einer besonderen Vertragsklausel, durch die er dem Rechte des Widerrufs des Auftrags für bestimmte Zeit entsagt hat, zuwider, so hat gleichwohl der Mäkler einen Provisionsanspruch nur dann, wenn nachweislich die Klausel in diesem Sinne von den Parteien dem Vertrage beigefügt ist. Anderenfalls ist sie rechtlich bedeutungslos. Rospatt, Gruchots Beitr. 45 546 ff.

Bei Abschluß des von dem Mäkler vermittelten Geschäfts unter dem vertragsmäßigen Vorbehalte freien Rücktritts für eine von beiden Parteien ist der Provisionsanspruch des Mäklers, solange das Rücktrittsrecht besteht, noch nicht begründet, da vor definitiver Einigung beider Theile ein rechtlich wirksamer Abschluß des zu vermittelnden Geschäfts noch nicht vorliegt. Ob der Rücktritt dem Auftraggeber oder seinem Gegenkontrahenten vorbehalten ist, ist unerheblich. Anders ist es in den Fällen des gesetzlichen Rücktrittsrechts und des § 361, in denen es sich nicht um einen noch nicht rechtswirksam perfekt gewordenen Vertrag, sondern lediglich um Konsequenzen mangelnder Erfüllung handelt. Rospatt, Gruchots Beitr. 45 552 ff.

2. Aus der Praxis. a) Es ist Sache desjenigen, der für einen Anderen als Vermittler auftritt, klar zum Ausdrucke zu bringen, für wen er — ob für den Verkäufer oder für den Käufer — seine Vermittelungsthätigkeit ausübe, da dies in beiden Fällen für die Bemessung des Kaufpreises von Erheblichkeit ist. Ein Anspruch auf Vermittelungsgebühr kann der Vermittler nur gegen den Vertragschließenden geltend machen, für den er erkennbar thätig war. OLG. 4 47 (Marienw.); PosMschr. 01 178, Seuff. A. 57 9.

Es ist nicht ausgeschlossen, daß Personen, die unter dem Namen „Agent" thätig sind, nicht nur mit der Vermittelung eines Geschäfts beauftragt, sondern auch sowohl ausdrücklich, wie stillschweigend zum Vertragsabschlusse bevollmächtigt sein können. Eine thatsächliche oder gar rechtliche Vermuthung dafür, daß letzteres der Fall sei, besteht nicht. RG. JW. 00 804.

Ein Mäklervertrag liegt nicht vor, wenn ein Kontrahent einem Dritten für seine zum Geschäftsabschlusse bereits geleisteten Bemühungen eine Provision verspricht. OLG. Dresden, Ann. d. sächs. OLG. 21 517.

OLG. Dresden, SächsA. 11 622: der Mäkler hat kein erzwingbares Recht darauf, daß ihm der Auftraggeber nach Eingehung des Mäklervertrags weitere Aufschlüsse giebt, als er bei Ertheilung des Auftrags gethan hat. Die Grundsätze von Treu und Glauben verpflichten ihn nicht, den Mäkler durch eingehendere Mittheilungen über die in Betracht kommenden Verhältnisse, z. B. über Eigenschaften der Sache, die er verkaufen will, über seine persönlichen Geschäftsverhältnisse zu unterstützen.

b) Der Auftraggeber hatte dem Mäkler einen Auftrag zum Verkauf eines Grundstücks fest und unwiderruflich bis zu einem bestimmten Termin ertheilt, aber vorher das Grundstück anderweit selbst verkauft. Er haftet nach § 324

BGB. auf Zahlung der Provision. OLG. 1 236 (Karlsruhe). Neumann, N. 1, 3 zu § 652 hält die Beurtheilung auf Grund des § 324 für unrichtig und den Auftraggeber für schadensersatz-, aber nicht provisionspflichtig (vgl. RG. JW. 01 523).

c) Der Generalagent einer Versicherungsgesellschaft ist mangels besonderer Ermächtigung nicht befugt, namens der Gesellschaft mit den Versicherungsnehmern selbst Verträge abzuschließen. Es liegt ihm nur die Vermittelung von Versicherungsverträgen ob. RG. JW. 01 580. — Vgl. RG. 27 151, 46 184.

§ 652 gilt auch für Handelsmäkler. OLG. Hamb., HansGZ. 01 115.

Die Vermittelung eines kaufmännischen Gesellschaftsvertrags unterfällt dem BGB. §§ 652 ff. OLG. 2 251 (Hamburg).

Ein Handelsmäkler übernimmt nach § 93 HGB. nur die Vermittelung von Verträgen über „Gegenstände des Handelsverkehrs". Da Gesellschaftsverträge nicht dazu gehören, so unterliegt die Vermittelung eines kaufmännischen Gesellschaftsvertrags dem bürgerlichen Rechte. OLG. 2 251 (Hamb.).

d) Ist dem Mäkler der Auftrag zur Beschaffung eines Darlehens ertheilt, so ist die Provision nicht schon mit Abschluß des pactum de mutuo dando, sondern erst mit Hingabe der Darlehenssumme verdient. OLG. Colmar, Puchelts Z. 31 698 u. OLG 1 401 (Frankf.); vgl. auch RG. 39 231.

Hingegen ist bei Beschaffung eines Baugelderdarlehensvertrags die Provision mit dem Abschlusse der pact. d. mut. dando verdient. KGBl. 97 106.

e) Zwar hat der Mäkler an sich nicht die Verpflichtung, sich über die Zahlungsfähigkeit des von ihm vorgeschlagenen Mitkontrahenten zu unterrichten, doch schließt das Verschweigen des Mäklers von ihm bekannten, gegen den Vertragsschluß sprechenden Umständen, den Anspruch auf Mäklerlohn aus. — Der Mäkler hat seinem Kommittenten gegenüber die Verpflichtung zur getreulichen Mittheilung aller ihm bekannten Umstände, welche geeignet sind, von der Vertragschließung ihn abzuhalten. OLG. 2 119 (KG.); Seuff. A. 56 265. Vgl. auch OLG. Colmar, R. 01 385: Erkundigungspflicht über die Vermögensverhältnisse des Käufers liegt dem Mäkler dann ob, wenn er sie nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen des Kontrahenten übernommen hat.

Der Anspruch des Mäklers auf die Mäklergebühr bleibt bei freiwilliger Wiederaufhebung des vermittelten Vertrags bestehen. OLG. 1 403 (Rostock).

f) Steht fest, daß die Gelegenheit zum Abschlusse des Vertrags, wie ihn der Auftraggeber zu schließen beabsichtigte, diesem durch den Mäkler wirklich mitgetheilt ist, und kommt andererseits ein solcher Vertrag nachher zu Stande, so ergiebt sich beim Mangel sonstiger für die Frage des ursächlichen Zusammenhanges erheblicher Umstände von selbst der Schluß, daß der Vertragsabschluß auf den Nachweis mindestens als *eine* ihrer Ursachen zurückzuführen ist. Mehr ist aber zur Annahme eines ursächlichen Zusammenhanges zwischen zwei Thatsachen nicht erforderlich. Weder ist in dieser Hinsicht nothwendig, daß die vorangegangene Thatsache die *alleinige*, noch daß sie die hauptsächliche Ursache der nachfolgenden gewesen ist. In diesem Sinne sind die Worte „wenn der Vertrag in *Folge* des Nachweises zu Stande kommt" zu verstehen. RG. JW. 02 Beil. 282; vgl. auch OLG. 4 47 (Dresden), Ann. d. OLG. Dresden 22 265.

g) Verweigerung der zum Vertragsschluß erforderlichen Genehmigung eines Dritten oder des Vormundschaftsgerichts vereitelt den Mäkleranspruch, weil ein rechtswirksamer Vertrag nicht zu Stande gekommen ist. OLG. 4 240 (Kiel).

Bei einem wegen Formmangels ungültigen Geschäft ist der Mäklerlohn auch dann nicht verdient, wenn das vermittelte Geschäft nicht zur Ausführung gelangt, ohne daß sich ein Theil auf den Formmangel beruft. RG. JW. 02 Beil. 228.

Auch wenn der Auftrag zurückgezogen wird, kann der Mäkler seine Aufwendungen nicht ersetzt verlangen. OLG. 4 48 (Dresden).

b) OLG. 2 118 (KG.) erklärt einen Mäklervertrag als gegen den § 138 verstoßend für nichtig, in welchem sich der Kläger für die Beschaffung eines in nicht ganz zwei Monaten rückzahlbaren Darlehens von 4000 Mark neben 1 pCt. der Darlehenssumme noch 360 Mark Honorar ausbedang, das bei „Anbietung des Darlehens" zu entrichten war, aus folgenden Gründen: a) die Höhe des besonderen Honorars läßt auf ein wucherisches Geschäft schließen, bei dem der Kläger das augenblickliche Geldbedürfniß, sowie den Leichtsinn oder die Unerfahrenheit des Beklagten in unstatthafter Weise ausbeutete. b) Ausschlaggebend ist ferner der Zwang, welcher durch die Verpflichtung des Beklagten, das Honorar auch zahlen zu müssen, falls er das angebotene Darlehen nicht annahm, auf seinen Willen ausgeübt wurde; die hohe Summe der in jedem Falle zu zahlenden 360 Mark mußte ihn geradezu zwingen, einen Darlehensvertrag unter noch so harten Bedingungen abzuschließen; ein derartiger Zwang zum Schuldenmachen ist aber mit der guten Sitte nicht vereinbar. c) Unsittlich ist weiter, wenn derjenige, welchem ein Darlehen erst zugesagt ist, trotzdem schon dessen Empfang und sofortige Fälligkeit in der Schuldurkunde bestimmt und auf Grund dieses Titels die Zwangsvollstreckung gegen sich vollziehen läßt. d) Unsittlich in dieser vorbedungenen Verpfändung ist schließlich, daß eine staatliche Einrichtung wie die Zwangsvollstreckung durch unwahre Vorspiegelungen, nämlich die unwahre Angabe, daß das Darlehen bereits fällig und die Zwangsvollstreckung deshalb zulässig sei, gemißbraucht werden soll.

§ 653. Es ist objektiv unter Berücksichtigung der Verkehrssitte im redlichen Geschäftsbetriebe zu beurtheilen, ob die dem Mäkler übertragene Leistung nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. OLG. 3 95 (Posen).

Hat derjenige, in dessen Interesse der Vermittler thätig gewesen ist, das Geschäft abgeschlossen, nachdem er von der Thätigkeit des Mäklers und von dessen Anspruch auf Provision Kenntniß erhalten hat, so kann darin eine Genehmigung der Thätigkeit des Mäklers gefunden werden. **RG.** Sächs. A. **11** 221 u. OLG. **4** 239 (Posen), vgl. auch OLG. Marienwerder, PosMschr. **00** 134 u. LG. Gießen, HessRspr. **00** 60.

§ 654. Der Mäkler kann vom Verkäufer den Lohn nicht beanspruchen, wenn er gleichzeitig mit der Benennung des Kauflustigen oder auch hinterher das Geschäft zu hintertreiben versucht. Jedoch kann solches Verhalten in der bloßen Benennung eines anderen Kaufobjekts seitens des Mäklers gegenüber dem Kauflustigen noch nicht gefunden werden. **RG.** SächsA. **10** 237, Seuff. A. **56** 41.

§ 655. Dem Schuldner ist nur das Recht gegeben, die richterliche Nachprüfung und Reduktion des Mäklerlohns durch Klage- oder Widerklagantrag zu betreiben, nicht aber kann er dieses durch einredeweise Geltendmachung erreichen. Marcus, KGBl. **01** 18.

§ 656. 1. Der Paragraph ist prinzipiell mißlungen; denn die Klagbarkeit des Ehemäklerlohns hätte, wie im Gebiete des ALR. und des gemeinen Rechtes, Thatfrage bleiben müssen. Die Bestimmung ist außerdem sozialpädagogisch verfehlt, sie kann ferner die prozessuale Beschäftigung mit dem Ehemäklerlohne nicht völlig verhindern und steht im Widerspruche zu § 35 Abs. 3 RGewO. und § 2 HGB. — Der Ehevermittelungsvertrag begründet nach § 656 eine Naturalobligation. Auch andere Ansprüche des Mäklers als Provisionsforderungen fallen unter diesen Paragraphen, dagegen sind Heirathsinserate nach § 138 BGB. zu beurtheilen. Schindler, Die gewerbsmäßige Heirathsvermittelung.

§ 656 stempelt das Ehemäklergeschäft nicht zu einem unsittlichen; haben daher

mehrere Mäkler die Ehe vermittelt und der eine die Provision erhalten, so können die anderen von diesem ihren Antheil verlangen. Jacusiel 46 f.

Kohler, A.bürgR. **12** 317 ff., 362, bezieht die Bestimmung auf den Mäklervertrag im eigentlichen und im uneigentlichen Sinne, d. h. sowohl in dem Sinne, daß der Mäkler für das Zustandebringen der Ehe eine Summe erhalte, als auch in dem Sinne, daß er für die Thätigkeit bezahlt werde, mag sie ausgehen, wie sie wolle, oder auch, daß der Lohn nur in Gestalt des Auslagenersatzes versprochen werde. Hierunter falle auch eine Vermittelungsthätigkeit, welche in öffentlichen Empfehlungen bestehe; mithin seien auch Insertionskosten für derartige Ankündigungen nicht zu bezahlen.

2. Die vor dem 1. Januar 1900 begründete Heirathsprovisionsforderung bleibt klagbar, denn das Gesetz hat nicht zum Ausdrucke gebracht, daß die Heirathsvermittelung gegen Entgelt unsittlich sei, sondern hat das Rechtsgeschäft nur für ein nicht klagbares erklärt. Es findet mithin die allgemeine Regel des Art. 170 BGB. Anwendung. **RG.** Seuff. A. **55** 399; **RG. 46** 152 u. JW. **00** 637 ff.; **RG. 46** 177 ff. u. Gruchots Beitr. **46** 907. S. auch oben zu § 138 a. E. S. 87.

3. Abs. 2. Auch ein Wechselversprechen, welches zum Zwecke der Erfüllung eines Lohnversprechens dem Heirathsvermittler gegeben wird, ist unverbindlich. OLG. **4** 236 (Celle).

Neunter Titel.

Auslobung.

§ 657. 1. Die Auslobung kann entweder an das Publikum schlechthin gerichtet werden oder an einen abgegrenzten Personenkreis, den der Auslobende jedoch lediglich als Gesammtheit ins Auge faßt, dergestalt, daß ihm die einzelnen Personen gleichgültig erscheinen. Die Verbindlichkeit des Auslobenden beruht nach herrschender Meinung auf dem einseitig gegebenen Versprechen. Dagegen Fischer, Die Auslobung 3 f., der in der öffentlichen Bekanntmachung eine Offerte an das Publikum erblickt.

2. Unter Vornahme der Handlung, insbesondere Herbeiführung des Erfolges, ist die letzte Phase der Auslobungshandlung, diejenige Phase, die den vom Auslobenden beabsichtigten Erfolg herbeiführt, zu verstehen. Elster, A.bürgR. **18** 178 ff. Geltendmachung des Anspruchs seitens des Berechtigten ist nicht erforderlich. Dieser hat nur zu beweisen, daß er als der Berechtigte scheine, während ihm vom Auslobenden der Gegenbeweis zu erbringen ist, daß er der Berechtigte nicht ist.

Die Rechtsnachfolger des Auslobenden erben die volle Verbindlichkeit, nämlich die Verbindlichkeit eines bedingten Vertrags, können aber wie der Erblasser re integra widerrufen (184). Die Rechtsnachfolger des Bewerbers erben die Berechtigung (185).

§ 658. Daß der Widerruf gestattet ist, ist Untreuwerden des Gesetzgebers gegen das Prinzip des einseitigen Versprechens. Elster 172 f. Da der Widerruf jedoch gesetzlich zugelassen ist, entsteht kein Anspruch auf Schadensersatz seitens eines Erwerbers, der eine Thätigkeit begonnen hat. Hat er die ausgelobte Handlung vollendet (Vornahme der Handlung, s. oben), dann ist der Widerruf ausgeschlossen; dann entsteht aber auch kein Anspruch auf Schadensersatz, sondern auf Erfüllung (175). Ist auf den Widerruf verzichtet worden, was der Auslobung mehr Vertrauen zu erwerben bestimmt ist, und wird trotzdem vor Erbringung der Leistung widerrufen, dann hat der Widerrufende für das negative Interesse aufzukommen (176).

§ 660. 1. Mehrere können zum Erfolge mitwirken, ohne jedoch selbst den Erfolg herbeizuführen. Solange dieser noch nicht herbeigeführt ist, haben sie keinerlei Berechtigung erlangt. Wird er durch irgend Jemand — auch einen Dritten — herbeigeführt, so werden sie dadurch theilhaftig an der Berechtigung nach Maßgabe ihres Antheils an der Herbeiführung des Erfolges. Elster 179, 187.

2. Die Betheiligten können nicht verlangen, daß der Auslobende den Preis ungetheilt an Alle herausgebe, damit sie selbst die Vertheilung vornehmen.

Der Auslobende befindet sich in der Lage des § 319 Abs. 1 (Planck § 660 1 Abs. 2), wonach er seine Entscheidung nach billigem Ermessen zu treffen hat.

Unter den Betheiligten besteht ein Gesammthandsverhältniß (Protokolle II 350). Die Klage auf Herbeiführung der gerichtlichen Vertheilung richtet sich nicht gegen den Auslobenden, sondern gegen die übrigen Betheiligten. Fischer a. a. O. 43 ff.

§ 661. 1. Abs. 1. Das Erforderniß der Fristbestimmung macht die Preisausschreibung im Allgemeinen unwiderruflich. Fischer a. a. O. 60 ff.

2. Abs. 2. Preisrichter hat der Auslobende zu stellen, da dieselben im Grunde nur objektive, sachverständige Finder seines Auslobungswillens sind. Wegfall eines oder mehrerer Preisrichter macht die Verbindlichkeit nicht hinfällig, da der Auslobende entscheiden muß, insbesondere da er den Bewerbern ihre Mangelhaftigkeit beweisen muß und diesen nicht auch noch das Risiko aufgebürdet werden darf, welches in dem Erfordernisse der Urtheilsfällung durch bestimmte Preisrichter liegt. Die Preisrichter sind hier in der Lage des § 319 Abs. 1, indem sie nach billigem Ermessen zu urtheilen haben. Der Spruch bestimmter Preisrichter als condicio sine qua non müßte ausdrücklich verlautbart werden. Eine theilbare Belohnung kann unter gleich gute Bewerber getheilt werden. Elster 189 ff.

Im Zweifel ist unter mehreren Preisrichtern nach Analogie des § 317 Abs. 2 Einstimmigkeit erforderlich. Fischer a. a. O. 60 ff.

Zehnter Titel.

Auftrag.

§ 662. 1. a) Daß der Begriff „Geschäftsbesorgung" der gleiche ist wie in § 677, ergiebt sich nicht nur aus der historischen Entwickelung, sondern auch aus der Gleichheit des Wortlauts in den §§ 662 und 677, sowie der Nebeneinanderstellung beider Materien. Oertmann, Komm. 412 unter 2, Lenel, Iherings J. **44** 41 f. Vgl. auch Neumann, vor § 662 Note I.

b) Geschäftsbesorgung ist die Entfaltung der Thätigkeit zur Erledigung einer bestimmten Angelegenheit (vermögensrechtlicher Natur), die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges. Geschieht dies entgeltlich, so liegt ein Werkvertrag vor, wenn eben diese Herbeiführung geschuldet ist, dagegen Mäklervertrag (oder etwas Analoges), wenn sie nur in condicione ist; bei Unentgeltlichkeit ist es Auftrag. Jeder Werkvertrag ist also Geschäftsbesorgung. Gegenstand des Dienstvertrags ist die Ueberlassung der Arbeitskraft zur Verfügung des Berechtigten. Hellwig, Verträge 517.

2. a) Es ist hier wie im § 677 gleichgültig, welcher Art die zum Zwecke der Geschäftsbesorgung entwickelte Thätigkeit ist, ob rechtsgeschäftlich oder faktisch, wenn nur das Geschäft überhaupt durch einen Vertreter bezw. ohne vorherige Einwilligung (bei der Geschäftsführung ohne Auftrag) besorgt werden kann. Neumann, Handausgabe zum § 677 (214). — Ebenso Oertmann 395 unter 3a, 412 unter 2, Planck 426, Matthiaß (3) 684 (I A 1), Kipp bei Windscheid

675, Kuhlenbeck 648 ff., Endemann 805, Dernburg, Bürg. Recht II 2 378, Schollmeyer, Schuldverh. 99, Lenel, Iherings J. **44** 37, 41 f., **Brückmann**, JW. **02** 116.

Aehnlich Hiller, Vorlesungen über das BGB. 161: Die Geschäftsbesorgung erstreckt sich auf alle erlaubten Privatgeschäfte, die auf Grund eines Vollmachtsauftrags in Vertretung eines anderen vorgenommen werden können.

b) Anders Cosack, Lehrbuch (3) 513 zu II 1 und Isay, Geschäftsführung 44 ff., nach denen ein „Geschäft" nur dann vorliegt, wenn das Vermögen des Geschäftsherrn durch die Thätigkeit des Geschäftsführers berührt wird, sei es, daß die Einwirkung den Zweck dieser Thätigkeit bilde, sei es, daß sie in den gebrauchten Mitteln liege. Der Auftrag umfasse also nicht alle unentgeltlichen Dienste, sondern nur geschäftliche. Aehnlich auch Tränkner, SächsA. **9** 175.

c) Enger noch Hellmann, Krit. VJSch. **41** 222, der unter Geschäftsbesorgung Dienste versteht, die lediglich die Bestimmung haben, dem Dienstberechtigten eigene Thätigkeit abzunehmen.

d) Vgl. ferner unten zu §§ 675 und 677. —

3. Die Sorge, daß das für das Interesse des Geschäftsherrn Erforderliche geschehe und daß das für sein Interesse Schädliche unterbleibe, ist der Inhalt der Geschäftsbesorgung; ihre Bethätigung ist die Geschäftsführung (§ 677). Neumann, Handausg., Vorb. zum 10. Titel Note I 2.

4. Wer zur Entgegennahme eines Auftrags- oder Dienstvertragsangebots bevollmächtigt ist, hat damit noch nicht Vollmacht zur Annahme des Angebots. **RG.** JW. **01** 549; vgl. auch **RG.** JW. **01** 233.

§ 663. Im Aufsichtsweg ist der Bescheid ergangen, daß in Preußen nach der Gerichtsvollzieherordnung der Gerichtsvollzieher im Falle seiner Erkrankung nicht verpflichtet ist, die an ihn eingehenden, auf sein Amt bezüglichen Briefe zu öffnen oder öffnen zu lassen und an seinen Vertreter weiter zu befördern. Amtsgerichtspräsident Berlin I KGBl. **00** 102.

§ 664. Isay a. a. O. 76 nimmt an, daß auch zwischen dem Auftraggeber und dem Gehülfen des Beauftragten eine sekundäre Beziehung bestehen könne.

In den Fällen, in denen der Gehülfe objektiv das Geschäft des Auftraggebers, subjektiv das des Beauftragten besorgt, hat er primär nur den Anspruch gegen den letzteren. Nur wenn dieser aus rechtlichen oder thatsächlichen Gründen nicht geltend gemacht werden kann, wird dem Gehülfen der Anspruch gegen den Auftraggeber unmittelbar zu gewähren sein. Anders Oertmann, Anm. 4c.

Ob zwischen dem Auftraggeber und dem rechtmäßig bestellten Substituten unmittelbar Rechtsbeziehungen entstehen, wie im gem. Rechte, im § 40 I 13 preuß. ALR., im code civil und auf Grund einer cessio ficta im sächs. BGB., kann nur in concreto aus dem Inhalte der Substitutionsbefugniß und der entsprechenden Ausübung dieser Befugniß sich ergeben (ROHG. **24** 199). Bendix, Privatr. 451.

§ 665. Isay a. a. O. 135 betont, daß der Beauftragte u. U. zur Abweichung auch verpflichtet sei.

§ 666. Isay a. a O. 127 weist darauf hin, daß der Geschäftsführer nicht auf jede Anfrage des Geschäftsherrn zur Auskunft verpflichtet sei. Daselbst 132 wird ihm zum Schlusse ein Recht auf Entlastung zugesprochen.

§ 667. Geschenke, die dem Beauftragten durch Liberalität Dritter aus freien Stücken bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrags gegeben werden, brauchen von ihm nicht herausgegeben zu werden. OLG. Hamb., Seuff. A. **55** 170. Ebenso Stammler, Lehre von dem Richtigen Rechte 340. Falls z. B. bei der durch den Beauftragten bewirkten Zahlung der Gläubiger aus

freien Stücken etwas schenkend übergiebt; oder einen zum persönlichen Vortheile des Mandatars bestimmten Abzug von der Rechnung gestattet, findet § 667 keine Anwendung.

§ 670. 1. Isay a. a. O. 145 ff. legt dar, daß zu den Aufwendungen des Geschäftsführers auch diejenige Thätigkeit gehört, welche innerhalb des Umfanges seines Gewerbes und Berufs liegt. Ebenso Planck 425, Neumann 309 Ziff. 7, Dernburg 385, Endemann 809 Anm. 21, Crome 638 f., bedingt dafür auch Cosack 568 Ziff. 5. — Dagegen Scherer 958 unter 4, Engelmann in Staudingers Komm. 515 unter b, Kipp bei Windscheid 751 a. E.

2. Isay 148 ff. und Planck 419 nehmen an, daß der Mandant für den zufälligen Schaden, den der Mandatar bei der Ausführung des Auftrags erleidet, nicht haftet, weil der zufällige Schaden nicht unter den Begriff der „Aufwendungen" gebracht werden könne, die sich als auf seinem freien Willen beruhende Vermögensverminderungen darstellen, während der Schaden gegen seinen Willen eintrete. Ebenso im verneinenden Sinne: Planck zu § 670, Neumann zu § 670, Endemann 803 Anm. 9, Kipp bei Winscheid 751, Isay 156 ff., Heinsheimer, Bürg. Recht 238 Ziff. 2, Rümelin, A.civPr. **98** 313 f., Siméon, Recht und Rechtsgang 445, Engelmann in Staudingers Komm. zu § 670 Ziff. 6, Matthiaß 609 f. — Bejahend dagegen: Dernburg 375, Oertmann 403 f., Noeldeke, Gruchots Beitr. **41** 779, Enneccerus-Lehmann I 632, Crome 618 unter b, 638 Anm. 55, Stammler, Lehre von dem Richtigen Rechte 339 f.

3. Der Beauftragte kann prinzipiell nur Befreiung von der für Rechnung des Auftraggebers eingegangenen Verbindlichkeit, nicht Zahlung des von ihm geschuldeten Betrags zu seinen Händen verlangen. **RG. 47** 125.

4. Die Frage, ob der Rechtsanwalt dem Gerichtsvollzieher persönlich für die durch die Erledigung eines Auftrags erwachsenen Gebühren haftet, ist vom KG. verneint worden. Das KG. (Deutsch. Gerichtsvollz.-Z. **02** 130 sagt: Nach § 19 GebO. f. Gerichtsvollz. ist Schuldner der Gebühren und Auslagen des Gerichtsvollziehers der Auftraggeber. Hierunter kann nur die Partei selbst verstanden werden, nicht ihr Bevollmächtigter, der in ihrem Namen den Auftrag ertheilt. Dagegen hat das LG. Posen (PosMschr. **5** 97) als Auftraggeber im Sinne der GebO. trotz des § 164 BGB. denjenigen angesehen, der dem Gerichtsvollzieher den Auftrag thatsächlich ertheilt und daher den Rechtsanwalt für haftbar erklärt. Gegen diese Entscheidung auch Ullmann und Kirschner PosMschr. **5** 153 und 173.

§ 675. 1. a) Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag 11 ff. (s. auch Ann. d. Großh. Bad. Gerichte **98** 170 ff.) spricht der Unterscheidung im § 675 jede praktische Bedeutung ab und führt aus:

Die hier aufgeführten Bestimmungen des Auftrags sind auf alle Dienstverträge und Werkverträge anwendbar. Man kann eine Unterscheidung zwischen Dienstleistungen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, nicht machen.

Die im Gesetze für Dienst- und Werkvertrag einerseits, für den Auftrag andererseits gegebenen Vorschriften sind wechselseitig anwendbar, soweit sie nicht auf dem einzigen, beide Gruppen trennenden Momente, Vergütung bei dem ersteren, Ausschluß derselben bei dem letzteren, beruhen.

b) Planck (zu § 675) und Riezler, Werkvertrag 75 ff. betonen, daß das Gesetz unter „Geschäftsbesorgung" nur die rechtlichen Verhältnisse, eigentliche Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen verstanden wissen will. Riezler a. a. O. führt aus: Eine Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 liegt dann vor, wenn es sich um die Besorgung von Rechtsgeschäften handelt; ferner dann, wenn

die zu entfaltende Thätigkeit nicht rechtsgeschäftlichen, sondern thatsächlichen Charakter hat, sofern der Auftraggeber bzw. Besteller an ihr ein unmittelbares Vermögensinteresse hat, also die Vornahme ökonomisch bedeutsamer Handlungen in Frage steht; endlich auch dann, wenn die zu entfaltende Thätigkeit von dem Beauftragten in Ausübung eines auf Vornahme von Handlungen solcher Art gerichteten Berufs vorgenommen wird. § 675 ist demnach auf die allermeisten Werkverträge anzuwenden; ausgeschlossen bleiben nur die verhältnißmäßig seltenen Fälle, in welchen Jemand gegen Entgelt eine geistige oder künstlerische Thätigkeit vornimmt, die außerhalb seines Berufs liegt. Anders die herrschende Lehre, namentlich Cosack und Endemann. Die Einschränkung der „Geschäftsbesorgung" auf den „Rechtsbereich des Geschäftsherrn" ist jedenfalls zu eng. Andererseits ist die Lehre von Hachenburg, wonach § 675 alle Werkverträge trifft, mit dem Gesetze nicht vereinbar.

Aehnlich Heinsheimer, Deutsches BGB. 221 f.: Unter Geschäftsbesorgung ist nicht bloß der Abschluß von Rechtsgeschäften zu verstehen; vielmehr ist als solche jede Dienstleistung anzusehen, die das Vermögen und nicht bloß die Person des Dienstempfängers berührt, also z. B. des Rechtsanwalts, der Köchin, des Gärtners, aber nicht die des Arztes, des Friseurs, des Klavierlehrers.

c) Siméon, Recht und Rechtsgang 443, 444, 448, Matthiaß, Lehrbuch 612 unter VI, 648 unter I A1, Oertmann 409 legen den § 675 enger aus als die §§ 662 und 677. — Siméon führt aus: Im § 675 wird offenbar das Wort „Geschäftsbesorgung" in einem ganz anderen Sinne gebraucht, als es im § 662 geschieht. Denn wollte man auch hier darunter neben den Handlungen vorwiegend rechtlicher Natur zugleich alle thatsächlichen Verrichtungen begreifen, so käme man zu dem vom Gesetzgeber gewiß nicht gewollten Schlusse, daß jeder Dienst- und Werkvertrag dem Rechte des Auftrags unterfiele. Es wird also die Geschäftsbesorgung im § 675 auf Geschäfte ausschließlich oder doch vorwiegend rechtlicher Natur zu beziehen sein.

Aehnlich Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch I 635 Anm. 1.

d) α. Anders Hellwig, Verträge 517 Anm. 42. — Ueber ihn s. o. zu § 662 unter 1b.

Wie Hellwig so Kipp bei Windscheid 875, Jäger, Komm. zur KO. Anm. 10, Lenel a. a. O.: Geschäftsbesorgung ist Thätigkeit zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges. Zusage einer Geschäftsbesorgung ist Zusage dieser Thätigkeit, nicht Zusage des Erfolges; daher liegt, auch wenn das Entgelt dafür nur bei erreichtem Erfolge zu leisten ist, trotz der gegentheiligen Annahme der Verfasser des § 675, hier niemals ein eigentlicher Werkvertrag vor, und die Grundsätze des Werkvertrags können auf einen solchen Vertrag nur theilweise zur Anwendung kommen.

Ebenso Bernau, Iherings J. 44 233 ff.: Geschäftsbesorgung ist jede auf einen wirthschaftlichen Erfolg gerichtete selbständige, nicht rein mechanische Bethätigung an Stelle eines Anderen. Dieselbe Begriffsbestimmung gilt auch für den Auftrag. Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung und Auftrag unterscheiden sich demnach durch Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit.

Aus dem Umstande, daß sowohl die Dienstleistung wie die Geschäftsbesorgung rechtliche wie thatsächliche Handlungen umfaßt, kann nicht die Hinfälligkeit der Unterscheidung zwischen Dienstvertrag im Allgemeinen und Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung gefolgert werden, vielmehr sind Dienstleistung und Geschäftsbesorgung begrifflich zu trennen.

β. Lenel a. a. O. 35 betont noch, daß das Thätigwerden in der Richtung auf ein bestimmtes Ziel hin schon unmittelbar durch den Abschluß des Dienstvertrags in die Erscheinung treten kann, wogegen Hellwig a. a. O. hinsichtlich der Werk-

verträge hervorhebt, daß er es für unmöglich hält, Werkverträge zu finden, welche nicht Geschäftsbesorgung sind; denn das sei stets die Herbeiführung eines Erfolges für den Besteller.

e) Geschäftsbesorgung für einen Anderen liegt in den Fällen vor, in welchen die Sorge für das Interesse einer Person von einem Anderen an ihrer Stelle ausgeübt wird oder (nach der Auffassung des Verkehrs) ausgeübt zu werden pflegt. Die Sorge kann sich in rein thatsächlichen Leistungen oder in Rechtshandlungen oder in der Vornahme von Rechtsgeschäften bethätigen; nicht der zufällige Inhalt der Thätigkeit, sondern ihre rechtliche Funktion, welche derselben im Verhältnisse zu den betheiligten Personen zukommt, ist entscheidend. Neumann, a. a. O. Note III 1.

f) Vgl. im Uebrigen über den Begriff „Geschäft" und „Geschäftsbesorgung" die Noten zu § 662 und unten zu § 677.

2. Das Rechtsverhältniß zwischen dem Gerichtsvollzieher und der eine Zustellung betreibenden Partei ist nach den Grundsätzen des § 675 zu beurtheilen. § 839 Abs. 1 Ziff. 2 findet daher auf den Gerichtsvollzieher nicht Anwendung. **RG.** JW. **01** 783 (vgl. auch OLG. 4 217 (Marienw.) und oben zu § 276 S. 189).

§ 676. 1. a) Nach den Grundsätzen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen (§ 826) ist derjenige, der eine unrichtige Auskunft ertheilt, dann schon schadensersatzpflichtig, wenn er die Möglichkeit schädlicher Folgen seiner Mittheilungen für den andern Theil erkannt hat. **RG.** JW. **02** Beil. 276.

b) Staub, Komm. z. HGB. II 1079: Aus § 676 geht hervor, daß die Rathsertheilung allein noch kein Vertragsverhältniß begründen soll und daß die Ertheilung von Rath und Empfehlung noch keine unerlaubte Handlung ist. Selbst wenn der Rathende dabei ein Versehen begeht, liegt der Thatbestand des § 823 BGB. noch nicht vor, denn keineswegs ist im § 676 eine allgemeine Schadensersatzpflicht für Fahrlässigkeit statuirt.

2. a) Wer außerhalb eines Vertragsverhältnisses aus Gefälligkeit Auskunft über die Vermögenslage eines Dritten giebt, ist nicht verpflichtet, bezügliche nachträgliche Aenderungen, die ihm bekannt werden, dem Empfänger der Auskunft mitzutheilen. **RG.** SächsA. **11** 466. Vgl. auch SächsA. 8 165 mit Citaten für das alte Recht.

b) Abgesehen hiervon entspricht es der Verkehrssitte, daß der Bankier seinen Kunden bei Anlegung von Kapitalien Rath ertheilt. Diese Rathertheilung gehört zur Ausübung des Gewerbes der Bankiers. Hat er in fahrlässiger Weise die Prüfung der in Frage kommenden Umstände außer Acht gelassen, so haftet er dem geschädigten Kunden. Namentlich seine positiven Aeußerungen sollen auf einer sorgfältigen Prüfung der Umstände beruhen, auf die ein sachverständiger Beurtheiler Werth legen wird. Fürs alte Recht **RG.** Seuff. A. **55** 58. Auch **RG. 42** 125. Vgl. JW. **00** 567 und Staub, Komm. z. HGB. II 1081 f.

3. Kreditauskunft.

a) Für eine falsche Auskunft, welche der Prokurist bezüglich nachgefragter Kreditwürdigkeit eines Dritten im Namen seines Prinzipals arglistiger Weise ertheilt hat, ist der Prinzipal haftbar. **RG.** Seuff. A. **55** 168. Auch DJZ. **00** 73. Die rechtswidrige Gesinnung des Prokuristen ist bedeutungslos, wenn die betr. Handlung durch die Vertretungsmacht gedeckt wird.

b) Treu und Glauben wird häufig denjenigen, der eine Auskunft im Auskunftbureau erhält, verpflichten, die Auskunft geheim zu halten und bei Verletzung dieser Pflicht Schadensersatz zu leisten. Diese Ersatzpflicht ist aber nicht auszudehnen auf denjenigen Schaden, den der Auskunftgeber durch eine ihn wegen der Auskunft treffende Strafe und der Kosten des bezüglichen Straf=

verfahrens erleidet. OLG. **2** 2 (Jena). Auch DJZ. **01** 32. Vgl. DJZ. **97** 450 Note 79 und **98** 291.

c) Ueber die rechtliche Bedeutung des Auskunftsvertrags und die Haftung der Inhaber der Auskunfteien für das Versehen ihrer Angestellten vgl. KGBl. **12** 95 ff. (KG.) (entschieden nach ALR.). Hieran anknüpfend Bürgel, ebenda 113 ff.

4. Hinsichtlich der Entstehung eines Vertragsverhältnisses mit einem Rechtsanwalt sagt das **RG. 52** 366: Wenn Jemand, zu dessen Berufsgeschäften es gehört, anderen in Geschäften der fraglichen Art berathend zur Seite zu stehen, und der erfahren hat, daß ein anderer in einer solchen Angelegenheit einer zuverlässigen Auskunft bedarf, diesem dann in einem an denselben gerichteten Schreiben eine Auskunft über den erheblichen Punkt giebt, so schließt er eben dadurch den betreffenden Vertrag mit dem Auskunft Begehrenden ab (auch JW. **02** Beil. 281). Vgl. auch oben Josef, Gruchots Beitr. **44** 419 ff. zu § 276 (S. 188).

Elfter Titel.

Geschäftsführung ohne Auftrag.

§ 677. 1. Ueber den Begriff „Geschäft" s. o. zu §§ 662, 675.

2. Subjektiv und objektiv fremde Geschäfte.

a) Motive II 855: Durch die Fassung der Voraussetzung „für einen Anderen", nicht „eines Anderen" ist die Unterscheidung zwischen objektiv fremdem Geschäfte, wenn das besorgte Geschäft an sich als ein Geschäft des Geschäftsherrn erscheint, und subjektiv fremdem Geschäfte, wenn es an sich als ein solches sich nicht darstellt, wohl aber von dem Geschäftsführer für den Geschäftsherrn bestimmt gewesen ist, abgelehnt. — Ebenso Planck 426, Neumann (2) 312a, Philler, Vorlesungen 161, Engelmann bei Staudinger 509 zu 2e, Meisner II 275, Matthiaß (3) 684.

b) Anders Isay a. a. O. 52 und 61, daß „auch im heutigen Rechte . . . die Unterscheidung zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften trotz des Sträubens der Verfasser der Motive beibehalten worden" sei. Ebenso Crome a. a. O. 630 Anm. 10 und Kipp bei Windscheid 853 f.

3. „Für einen Anderen."

Motive II 856: Damit, daß als Erforderniß der neg. gest. die Besorgung des Geschäfts für einen Anderen gesetzt wird, ist ausgedrückt, daß der Geschäftsführer mit dem Bewußtsein und dem Willen gehandelt haben muß, das fremde Geschäft als fremdes zu besorgen. (S. im Uebrigen unten zu § 687.)

§ 678 s. zu § 683.

§ 679. 1. Die Vorgeschichte s. bei Isay a. a. O. 136 f.

2. a) Unter die Pflichten des § 679 gehören u. A. die Pflichten zur Zahlung von Steuern, Instandhaltung von Gebäuden und Straßen (Seuff. A. **3** 62 Nr. 51), Stempelung von Verträgen, Verpflegung der Einquartirung (Seuff. A. **14** 37 Nr. 94). So Oertmann a. a. O., der betont, daß die Pflicht nicht schon definitiv festgestellt zu sein brauche: „man muß es für genügend erachten, wenn sie nur provisorisch, vielleicht unter Vorbehalt von Rechtsmitteln, dem Geschäftsherrn auferlegt war (Motive 865). Denn die Zahlung der auferlegten Steuern z. B. liegt trotz der offenstehenden Berufung nichtsdestoweniger zunächst im öffentlichen Interesse". —

b) Die Kosten einer durch städtische Polizeiverordnung im gesundheitspolizeilichen Interesse dem Hauseigenthümer auferlegten, von der Stadt ausgeführten Herstellung eines Anschlußrohres zwischen den Häusern und dem durch die öffentliche Straße geleiteten Entwässerungskanal können von dem die Vornahme der

Arbeiten verweigernden Hauseigenthümer von der Stadt aus dem Rechtsgrunde der G. o. A. erstattet verlangt werden. OLG. Colmar, Elf.Lothr.JZ. 02 Heft 7.

§ 683. 1. Endemann a. a. O. führt aus, daß in der im § 683 durchgeführten subjektiven Abmessung die Garantie der gesicherten Rechtszustände liege. Der Geschäftsführer handle auf eigene Gefahr. „Trifft er den Willen des Geschäftsherrn nicht, so ist sein Eingriff in dessen Vermögen widerrechtlich."

Enneccerus-Lehmann a. a. O. 640 meinen, die Uebernahme müsse nicht dem vom Geschäftsführer nach seiner vielleicht lückenhaften Kenntniß der Umstände zu vermuthenden Willen des Geschäftsherrn, sondern dem Willen, wie er bei objektiver Betrachtung der gesammten Umstände als Regel angenommen werden müsse, entsprochen haben.

Schollmeyer, Schuldverh. 101: Der Geschäftsführer muß das Interesse des Geschäftsherrn so wahrgenommen haben, wie muthmaßlich letzterer es verstand.

Oertmann zu § 678: Den Beurtheilungsmaßstab für das, was dem Willen des Herrn muthmaßlich entspricht, muß der Geschäftsführer aus allen erkennbaren Umständen entnehmen; vornehmlich aus dem Interesse des Herrn, aber auch aus seinen ihm bekannten Anschauungen, Lebensgewohnheiten, Vermögensverhältnissen.

Planck 425 betont: Im Allgemeinen darf vermuthet werden, daß der Geschäftsherr gebilligt haben würde, was unter Würdigung aller Umstände als nützlich erscheinen muß.

2. Oertmann 403: War die Annahme des Berechtigten durch die Umstände gerechtfertigt, so kommt der Umstand, daß er die Sachlage falsch beurtheilte, die gemachte Aufwendung unnöthig war oder erfolglos blieb, nicht zum Schaden des Beauftragten in Betracht. Ebenso Meisner 214 f., Matthiaß 671, Schollmeyer 101, Isay 140 ff., Cosack 568, Kuhlenbeck, Pand. 342, Planck 427.

3. Ueber die Frage, ob der von einer Ehefrau angenommene Arzt von dem Ehemann Ersatz verlangen kann, s. Wittkowsky, JW. **02** 87 ff., nach dem der Arzt den Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung stützen kann (§§ 812, 818 Abs. 2), und gegen ihn Brückmann ebenda 116 ff., der ihm den Anspruch aus dem Gesichtspunkte der auftraglosen Geschäftsbesorgung gewährt, weil der Arzt den „Blankettwillen" habe, — s. o. zu § 164 Ziff. 5 a. E. — thätig zu werden für den, den es angehe, — dies sei hier der gesetzlich zur Unterhaltung der Ehefrau verpflichtete Ehemann; ein entgegenstehender Wille des Ehemanns sei eventuell nach § 679 unbeachtlich.

4. Ueber den Begriff der Aufwendungen s. o. zu § 670.

5. Nach Josef, Gruchots Beitr. **42** 4 ff. und Mantey ebenda 545 ff. ist für die Frage der Verjährung der Ansprüche aus der G. o. A. allein die objektive Natur des Anspruchs entscheidend; diese wird dadurch nicht berührt, daß der Anspruch aus dem Gesichtspunkte der auftraglosen Geschäftsführung oder der Bereicherung erhoben wird. Dagegen Lasker, Geschäftsführung ohne Auftrag (Diss.) 76 ff.

§ 684. 1. Satz 1. Planck hält die Vorschrift für „eigentlich überflüssig"; Oertmann 421 betont, daß der Anspruch des § 684 selbst beim Handeln gegen den ausdrücklichen Widerspruch des Geschäftsherrn begründet ist.

2. Satz 2. Motive 867 heben hervor: Wie weit die Genehmigung reicht, ist Thatfrage. Sie kann sich auf das Einschreiten des Geschäftsführers und auf die Art und Weise der Ausführung, aber auch nur auf das Einschreiten, nicht auch oder nicht in vollem Umfange auf die Art der Ausführung beziehen.

Aehnlich meint Endemann 808 Anm. 18, der Geschäftsführer müsse nur, so weit er die Anerkennung seiner Geschäftsführung verlange, die sorgsame Ausführung nachweisen.

§ 685. 1. Nach Isay a. a. O. 159 fallen im Falle des § 685 nur die Ersatzansprüche des Gestors wegen Aufwendungen weg; die wegen Schadensersatz bleiben bestehen.

2. a) Nach Krumm I, Verhältniß des § 685 Abs. 1 des BGB. zu dem bisherigen gemeinrechtlichen Rechtszustande 21 ff., insbes. 30 f. ist die positive Absicht, Ersatz zu verlangen, Klagevoraussetzung.

Was die Beweislast anlange, so hätte sich nach Krumm 32 das BGB. ebensogut positiv ausdrücken können, dem Geschäftsführer stehe ein Anspruch nur dann zu, wenn er die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen. Wenn es aber negativ bestimme, dem Geschäftsführer stehe ein Anspruch nicht zu, wenn er nicht die Absicht hatte, Ersatz zu verlangen, so bezwecke es hiermit eine Verschiebung der Beweislast.

b) Anders dagegen meint Oertmann 422, es sei nirgends die Absicht, Ersatz zu verlangen, zum positiven Erforderniß, sondern nur die entgegengesetzte Absicht, der animus donandi, zum negativen Erforderniß der Ansprüche des Geschäftsführers erhoben, — diese stelle ein rechtshinderndes Moment dar, das der auf Ersatz in Anspruch genommene Geschäftsherr beweisen müsse. — Ebenso Planck 433, Matthiaß 687, Dernburg, Bürg. Recht 385 unter IV. Aehnlich auch Engelmann bei Staudinger 517 unter 2, nach dem die Beweislast des Geschäftsherrn sich aus der Fassung des § 685 Abs. 1 ergiebt. Ebenso Manigk, Rechtsgeschäfte 113 f., Schollmeyer a. a. O. 101, desgl. v. d. Pfordten, Das neue Deutsche Civilrecht I. 194.

c) Nach Neumann, Handausg. 317 muß der Mangel der Absicht, Ersatz zu verlangen, sofern er sich nicht aus den Umständen ergiebt, dem Geschäftsführer nachgewiesen werden. S. auch noch unten zu 5. —

Nach Oertmann a. a. O. kann der Richter kraft der freien Beweiswürdigung aus dem ganzen Hergang bei der Geschäftsführung den Gegenbeweis ohne Weiteres als erbracht ansehen. S. auch noch unten zu 5.

3. Die Auslegungsregel des Abs. 2 entspricht nach den Motiven a. a. O. 864 den bestehenden besonderen Verhältnissen, wonach davon auszugehen ist, daß die erfolgte Unterhaltsgewährung in Erfüllung einer Liebespflicht geschah zur Vermeidung gehässiger Prozesse. S. auch noch unten zu 5.

4. Fehlt die Absicht, Ersatz zu verlangen, so stellt sich die infolge der Geschäftsführung bewirkte Zuwendung u. U. als Schenkung dar, und die §§ 516, 530 finden Anwendung. Planck 434, Oertmann 422 Nr. 2. In dem speziellen Falle des § 687 Abs. 2 liegt regelmäßig eine Bereicherung des Empfängers vor, wenn keine Verpflichtung zur Zuwendung bestand und er nicht gerade irrthümlich meinte, ein Recht auf Unterhalt zu haben. Nahm er dies irrthümlich an, so hat der Zuwendende das Recht aus § 516 Abs. 2, sonst greifen die Regeln über Schenkung Platz, auch eventuell § 534. Liegt aber aus irgend einem Grunde keine Schenkung vor, so ist auch der Widerruf ausgeschlossen. Planck a. a. O.

5. Aus der Praxis: Die Beweislast dafür, daß der Geschäftsführer ohne Ersatzwillen gehandelt habe, also in Schenkungsabsicht, liegt dem Geschäftsherrn ob. OLG. Karlsr., BadRpr. 01 133, R. 01 408 Nr. 1580 (s. o. zu 2).

Es besteht keine Vermuthung dafür, daß Dienste wie Pflege, Wartung und Verköstigung einer Schwester unentgeltlich gewährt werden. OLG. Karlsr. BadRpr. 02 157, R. 02 373 Nr. 1783 (s. o. zu 3).

§ 687. 1. a) Endemann 806 betont: Das BGB. erkennt grundsätzlich nur die echte Geschäftsführung ohne Auftrag an; im § 687 wird der Handelnde nicht als Geschäftsführer angesehen. — Aehnlich die Motive 856, 870 f., wonach die Fälle des § 687 aus der neg. gest. ganz ausscheiden. Ebenso

Sturm, Die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag 30, Matthiaß 684, Scheiff, Praktisches Handbuch des bürgerlichen Rechts 43, Heinsheimer a. a. O., Bunsen a. a. O., Planck a. a. O., Bendix, Das deutsche Privatrecht 497 und Weyl, Vorträge 471. Engelmann, a. a. O. 456 betont bezüglich des § 687 Abs. 1 und Neumann a. a. O. hinsichtlich des § 687 Abs. 2, daß hier keine Fälle der G. o. A. behandelt seien.

b) Dagegen wird nach Oertmann 412, Cosack 565, Engelmann bei Staudinger 509, 518, Schollmeyer, Einzelne Schuldverh. 99, Dernburg, Bürg. Recht II 2 380 ff., Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. 345 und Komm. zu § 687, im § 687 die „unechte" oder „uneigentliche" Geschäftsführung behandelt. Matthiaß 689, Crome 640 und Enneccerus-Lehmann 636 f., 642 erblicken im § 687 Abs. 2 eine unechte Geschäftsführung. Ebenso meint Krumm a. a. O., daß das BGB. im gem. Recht zwischen einer echten und unechten neg. gest. unterscheidet. Die echte begreift nur den Fall, wo Jemand ohne Auftrag absichtlich ein fremdes Geschäft im Interesse des Geschäftsherrn besorgt. Dagegen gehen in der Auffassung der unechten neg. gest. die Rechte auseinander. Das BGB. erblickt eine unechte nur im Falle böswilliger Besorgung fremder Geschäfte zu eigenem Vortheil.

2. Ueber die Motive vgl. o. zu § 677 unter 3, s. auch noch Motive 870. — Aehnlich wie die Motive Planck bezüglich des § 687 Abs. 1, der betont, daß hier die Absicht fehlt, das Geschäft als fremdes zu besorgen, daß der Geschäftsführer nicht die Absicht hat, für einen anderen zu handeln; die Vorschrift sei deshalb vielleicht selbstverständlich. — Ebenso Oertmann a. a. O. 412 unter 3c unter Hinweis auf den Begriff des „Handelns für einen Anderen" im § 677. Aehnlich auch Heinsheimer 239 ff., Matthiaß 684, Leske, Vergleichende Darstellung 280, die alle betonen, daß durch den Begriff des § 677 gefordert sei, daß der Geschäftsführer den Willen und das Bewußtsein gehabt haben müsse, für den Andern zu handeln. Auch Engelmann a. a. O. 509, 518, Matthiaß 584 fordern Bewußtsein und Willen für die (echte) Geschäftsführung ohne Auftrag. Demgegenüber betont Isay a. a. O. 101 ff., daß nur das Bewußtsein der Fremdheit des Geschäfts gefordert werde. S. auch Motive 869.

3. Zur Aenderung der Rechtslage des § 687 Abs. 1 genügt nicht Genehmigung, sondern ist Vertrag erforderlich. Neumann 303, Matthiaß 689, Motive 689, Oertmann a. a. O.

4. a) Nach Endemann 806 ist mit dem Abs. 2 nur ein aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Anspruch aus der Geschäftsführung ohne Auftrag angepaßtes Recht verliehen und sind die Rechtswirkungen auf einen Fall ausgedehnt, der eine Geschäftsführung ohne Auftrag im wahren Sinne nicht ist, noch dazu erklärt wird.

b) Nach Oertmann 424 unter c wird man auch abgesehen von dem § 684 Abs. 1 — (§ 687 Abs. 2 Satz 2) — in Konsequenz allgemeiner Grundsätze anzunehmen haben, daß dem Geschäftsführer immerhin die allgemeinen Bereicherungsansprüche zustehen; für ihre Versagung fehle es an äußeren und inneren Gründen.

Zwölfter Titel.

Verwahrung.

§ 688. 1. Darüber, ob die entgeltliche Ueberlassung von Treforfächern einer Stahlkammer zur Aufbewahrung von Werthpapieren seitens eines Bankiers sich als ein Verwahrungsvertrag darstellt, s. oben N. 1a zu § 535 und § 580.

Vgl. auch die Bestimmungen des HGB. über das Lagergeschäft §§ 416 bis 424 und das Bankdepotgesetz vom 5. 7. 96.

2. Bei dem Verwahrungsvertrag, als einem gegenseitigen Vertrage, gilt als Erfüllungsort für jeden Vertragschließenden hinsichtlich seiner Verpflichtungen aus dem Vertrage sein Wohnsitz. Daraus, daß dem Verwahrer das Zurückbehaltungsrecht an der aufbewahrten Sache wegen des Vergütungsanspruchs zusteht, darf nicht geschlossen werden, daß der Hinterleger die Vergütung am Orte der Aufbewahrung zu leisten habe. OLG. **3** 43 (Karlsr.).

3. Der Verwahrungsvertrag ist ein Realvertrag, es haftet daher der Verwahrer, wenn ein Schuldschein in Folge Irrthums über eine höhere als die zur Verwahrung übergebene Summe ausgestellt ist, doch nur für die wirklich empfangene Summe. OLG. Königsberg, Seuff. A. **57** 346.

4. Der Staat haftet für die Gegenstände, die in einem gerichtlichen Verfahren dem Gericht übergeben sind. Man kann das Verhältniß zwischen dem Staate und der betreffenden Partei als ein stillschweigend geschlossenes, vertragsartiges, dem Verwahrungsvertrag ähnlich oder gleich zu erachtendes Rechtsverhältniß bezeichnen. **RG.** JMBl. **02** 149/150.

§ 700. Abs. 1 Satz 2. Der Verwahrer wird in diesem Falle nicht mit der Uebergabe bez. der Ermächtigung des Verbrauchs, sondern mit dem demnächsten Aneignungsakt Eigenthümer. **RG. 52** 206.

Dreizehnter Titel.

Einbringung von Sachen bei Gastwirthen.

§ 701. 1. a) Die Aufnahme zur Beherbergung setzt weder Gewährung des Nachtquartiers noch Anweisung eines besonderen Zimmers voraus. Es muß aber dem Aufgenommenen für seine Person Ersatz des Heimes geboten werden, nicht darf es sich lediglich um Aufbewahrung und Unterbringung seiner Sachen handeln, Langen, Die privatr. Stellung der Wirthe 25 ff. Nicht zur Beherbergung aufgenommene Gäste sind die Theilnehmer an einer im Gasthause veranstalteten Festlichkeit oder Versammlung, 43.

b) Der zwischen Wirth und Gast über die Aufnahme geschlossene Vertrag hat regelmäßig die Natur eines Sachmiethvertrags. Die sonstigen Rechte und Pflichten aus dem Gastaufnahmeverhältniß (Anspruch auf Bedienung und andere Leistungen) sind besondere Ausgestaltungen der Verpflichtungen aus dem Miethvertrage. Zum Abschlusse des Aufnahmevertrags ist der Gastwirth privatrechtlich nicht verpflichtet. Langen 27 ff.

c) Dem erhöhten Schutze des § 701 unterstehen auch diejenigen Sachen, welche der Gast, indem er sie an und bei sich trägt (Kleider, Uhr, Geld), unter seiner speziellen Obhut hält. Langen 50.

d) Die strenge Haftung beginnt mit der vorläufigen Aufnahme, z. B. Abholen vom Bahnhof, Entgegennahme der vom Gaste vorausgeschickten Gepäckstücke (Langen 44 ff.) und endet mit der Abreise bezüglich der vergessenen oder dem Wirthe zur Aufbewahrung übergebenen oder von diesem auf Grund seines Pfand- und Retentionsrechts zurückbehaltenen Sachen. Sie dauert fort beim Transporte der Sachen vom Gasthofe zur Bahn und bezüglich der Sachen, welche der Wirth dem Gaste nachzusenden verspricht (58 ff.).

e) Ein Verbot des Gastwirths, bestimmte Sachen einzubringen, ist nach Abschluß des Aufnahmevertrags regelmäßig für die Haftpflicht einflußlos. Langen 48 Nr. 23.

f) Höhere Gewalt liegt vor, wenn

α. mit Rücksicht auf Entstehungsgrund und Wirkung der schädigenden Kraft die Möglichkeit eines dem Gastwirthe zur Last fallenden Verschuldens eine so entfernte ist, daß sie normaler Weise nicht in Betracht kommen kann, und daher der Unfall als solcher in sich eine Gewähr für das Nichtverschulden des Gastwirths bietet (Langen 79 ff.) und

β. auch thatsächlich in concreto den Wirth ein Verschulden nicht trifft (91 ff.).

Ersteres ist regelmäßig nur dann der Fall, wenn:

αα. die Wirkungen der schädigenden Kraft derartige sind, daß bei normaler und ordnungsmäßiger Geschäftseinrichtung nicht nur der betroffene Wirth, sondern jeder Wirth in gleicher Lage ihr machtlos gegenübersteht und

ββ. der Ursprung der schädigenden Kraft außerhalb der Grenzen liegt, innerhalb welcher für den Gastwirth eine Fürsorgepflicht besteht.

g) Bloße „Mitwirkung" des Gastes beim Entstehen des Schadens kommt nach § 254 BGB. nur dann in Betracht, wenn ein Verschulden des Gastes vorliegt. Dagegen läßt eine „Verursachung" des Schadens durch den Gast den Wirth auch dann ersatzfrei, wenn den Gast kein Verschulden trifft. Langen 99 ff.

Ein Verschulden des Gastes liegt in dem Nichtverschließen der Zimmerthür während der Nachtzeit, sobald er sich zur Ruhe begeben hat (103 Nr. 12).

2. Der Wirth haftet nicht für höhere Gewalt, nicht für äußeren Zufall, der den Gast auch zu Haus getroffen haben würde. Er haftet nicht für Erdbeben, Raub ꝛc. Aber er muß, wie es der Gast zu Haus gethan hätte, selbst oder durch Vertreter Alles thun, um auch diese Gewalt abzuwenden, sonst ist sie keine höhere Gewalt. Die Sorgfalt geht über die eines guten Hausvaters hinaus, weil im Betriebe des großen Hotels von dem Wirthe dasselbe gefordert wird, was ein guter Hausvater daheim erfüllen kann, während der Wirth bei aller Sorgfalt für oft Unerfüllbares garantiren muß. Sturm, Einbringung von Sachen bei Gastwirthen nach dem Rechte des BGB. 22 ff.

3. Die Vorschriften des 13. Titels gelten auch für die Herbergen der Innungen und Handwerkskammern, abgesehen von der Ausschließung des Rechtswegs. Friedrichs, Prozeßpraxis 601.

4. Schlafwagengesellschaft.

Die Schlafwagengesellschaft ist in Ansehung ihrer Haftung dem § 701 BGB. unterworfen. Der Schlafwagen ist ein rollendes Hotel, die Schlafwagengesellschaft nimmt in demselben Fremde gewerbsmäßig zur Beherbergung auf. Fuld, DJZ. **00** 227 f. Dagegen:

Coermann, Die deutsche u. intern. Frachtgesetzgeb. 37. Die Haftpflicht des Gastwirths trifft nicht die Schlafwagengesellschaft.

Ebenso Brückner, R. **02** 305 ff., weil ihre Aufgabe und Thätigkeit wesentlich in der Mitwirkung beim Transporte der Reisenden und ihres Gepäcks, nicht aber in deren Aufnahme zur Beherbergung bestehe. Gegen Fuld auch Reindl, Egers eisenb. E.u.A. **18** 367 ff., da aus den zwischen den verschiedenen betheiligten Eisenbahnverwaltungen und der Schlafwagengesellschaft geschlossenen Verträgen sich ergebe, daß es sich lediglich um einen Transportvertrag und zwar ohne einen daneben herlaufenden Beherbergungsvertrag handele. 372 a. a. O.

5. Der Gast, welcher fremde Sachen ins Gasthaus einbringt, ist berechtigt, den Schaden, welcher dem Eigenthümer der Sachen erwächst, ersetzt zu verlangen. Meyer, Seuff. Bl. **67** 367.

6. Aus der Praxis:

a) Die Klage aus § 701 BGB. steht nicht dem geschädigten Eigenthümer, sondern dem Gast zu, der den Gastaufnahmevertrag geschlossen hat, und zwar

auch hinsichtlich fremder Sachen, die er bei sich führt. OLG. Breslau Bresl. AKZ. 02 36.

b) Die strenge Haftpflicht aus § 701 BGB. erstreckt sich auf eingestellte Pferde und Wagen nur dann, wenn deren Besitzer zur „Beherbergung" aufgenommen ist. OLG. 5 145 (Dresden).

c) Unter Beherbergungsgewerbe ist nur das Verhältniß zu verstehen, bei welchem Fremde in die eigene Wohnung (gegen Entgelt) als Gäste aufgenommen werden, bei welchem der Eigenthümer der Wohnung alleiniger Besitzer und Hausherr bleibt und sich verpflichtet, dem Gast Aufenthalt, Wohnung, vielleicht Beköstigung, Bedienung u. s. w. in seinen Räumlichkeiten zu gewähren. Von einem Beherbergungsgewerbe kann nicht mehr gesprochen werden, wenn die Wohnung wirklich vermiethet, das eigene Hausrecht aufgegeben, das fremde begründet, die Wohnung aus einer eigenen zu einer fremden gemacht wird. Für den Begriff des Beherbergungsgewerbes ist es gleichgültig, ob dabei, wie bei Hotels, ein offenes Lokal gehalten wird oder ob dies, wie bei Pensionaten, Chambresgarnies, nicht der Fall ist. — Mit Rücksicht auf das preuß. Gewerbesteuergesetz v. 24. Juni 1891 entschieden. KGJ. 21 C. 24.

§ 702. 1. Bei Uebergabe unverschlossener Werthpapiere der im § 1 des Depotgesetzes bezeichneten Art zur Verwahrung finden die Vorschriften dieses Gesetzes Anwendung. Langen a. a. O. 14 sub f, 116 f.

2. Steigen Mehrere (auch z. B. eine Familie) gemeinschaftlich im Gasthof ab, so haftet der Wirth für die Werthsachen eines jeden Einzelnen und nicht nur für die Werthsachen Aller insgesammt bis zu 1000 M. Langen 114 f.

3. Nach dem Schutzzweck und der Verkehrsbedeutung des § 702 sind die in ihm erwähnten 3 Klassen von Werthsachen nicht in dem engen juristisch-technischen Sinne, sondern in dem weiteren Sinne, welchen der Verkehr mit ihnen verbindet, auszulegen. Langen 111 f.

Hier sind mit dem Ausdruck Werthpapiere alle Papiere gemeint, die Werth für den Berechtigten haben, auch wenn sie nicht Rechtsträger sind. Jacobi, Werthpapiere 20.

Hohenemser (DJZ. 97 38) macht darauf aufmerksam, daß die als Vollkaufleute zu erachtenden Gastwirthe hinsichtlich der Aufbewahrung von Werthpapieren ꝛc. dem Depotgesetze vom 5. Juli 1896 unterworfen seien. (Gesonderte Aufbewahrung, Eintragung in ein Depotbuch.)

§ 704. Nach Sturm (31 a. a. O.) müssen die für den Gast nothwendigen Sachen ihm nach § 559 Satz 3 in Verbindung mit § 704 und § 811 CPO. gelassen werden. Selbsthülfe ist dem Wirthe erlaubt. Sind die Sachen schon vom Grundstück entfernt, so muß der Wirth klagen.

Auch für Forderungen des Gastwirths, die sich auf Wohnungsmiethe zurückführen lassen, besteht nur ein Pfandrecht nach § 704, niemals daneben ein solches nach § 559. Das hat insofern Bedeutung, als sich das Vermietherpfandrecht auch auf künftige Forderungen erstreckt, das Gastwirthspfandrecht nicht, — und als der Kreis der beiden Pfandrechten verstrickten „eingebrachten Sachen" verschieden begrenzt ist. Siber 12 f., 28.

Die durch gesetzliches Pfandrecht gesicherten Forderungen für Leistungen (und Auslagen) zur Befriedigung von Bedürfnissen des Gastes umfassen nur solche Leistungen, deren Vornahme nach der Verkehrsauffassung innerhalb des Geschäftskreises eines Gasthofs liegt. Trifft dieses zu, so ist es für das Pfandrecht bedeutungslos, ob die Leistungen zum Unterhalte des Gastes erforderlich sind und sich in den üblichen Grenzen halten, oder ob es sich um ungewöhnliche Luxusausgaben des Gastes handelt. Langen a. a. O. 126 ff.

Vierzehnter Titel.
Gesellschaft.

§ 705. 1. Die Gesellschaft ist Rechtsverhältniß, nicht Rechtssubjekt. Ohne Vertrag keine Gesellschaft, sondern communio incidens. Knoke, Gesellschaft 11, 12, Staudinger II 541. Sie steht unter dem Prinzipe der gesammten Hand. Doch können deren Folgen vertragsmäßig ausgeschlossen werden. Planck II 456; Knoke 24; Gierke, Handelsgesellschaften u. bürg. Recht, A.bürgR. **19** 135 und 42. Jahresbericht d. Jurist. G zu Berlin 38; a. A. Endemann (8) I 1129 f. (3) 817 und anscheinend Staudinger II 539, 582 RG. JW. **03**, 16: Die Gesellschaft setzt nicht nothwendig ein Gesellschaftsvermögen voraus; aber die Beiträge müssen „begrifflich" gemeinschaftliches Vermögen werden.

Ueber das Wesen der gesammten Hand vergleiche neuestens Gierke, A.bürgR. **19** 114 ff. (keine Quotentheilung nach Bruchtheilen, sondern Gesammthandberechtigung) einerseits; Joerges, Goldschmidts Z. **49** 141 ff., **51** 53 ff., Nagler, SächsA. **10** 718 ff., andererseits Joerges **51** 61: Das Wesen der gesammten Hand besteht in einer Einheitlichkeit der Dispositionsgewalt, nicht in einer Besonderheit der rechtlichen Zuständigkeit. Mit Gierke: Oertmann 455; Knoke 85, ders. A.bürgR. **20** 178 ff.; ähnlich Planck 2 452. — Gegen ihn Dernburg II 545. — So auch Seeler, Miteigenthum 93 ff., 99 ff.

2. Die Gesellschaft ist ein gegenseitiger Vertrag. Die Anwendung der §§ 320 ff. unterliegt jedoch Modifikationen. Staudinger II 543, Enneccerus-Lehmann I 653, Knoke 42; vgl. insbes. o. zu § 320 Note 3.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist immer zu versagen, wenn der geltend gemachte Anspruch sich nicht ausschließlich auf den Gesellschaftsvertrag stützt, sondern noch andere Thatsachen zu seiner Begründung erfordert. Knoke 44. Dem auf Leistung der Einlage klagenden Gesellschafter kann nur entgegengehalten werden, daß er selbst noch nicht, nicht auch, daß die übrigen Gesellschafter noch nicht geleistet haben (Knoke 43, Windscheid (8) II 732), ebenso mit besonderer Begründung Dernburg II 2, 537; auf den Einzelfall stellt ab Endemann (8) I 1134 Anm. 10, Unterscheidungen macht auch Oertmann 443 f.

§ 323 erklären für unanwendbar: Cosack (3) II 400, sie würde dahin führen, daß die Gesellschaft „von rechtswegen" aufgelöst werde. Windscheid (8) II 732, Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen 162, Kisch, Wirkungen der nachträglichen Unmöglichkeit 57 f., Dernburg II 537; für anwendbar: Knoke 45 ff., Oertmann 444; Planck will ihn anscheinend bei Gesellschaften aus zwei Personen ohne Weiteres, bei anderen neben § 723² anwenden (II 454).

§ 324 ist nach Planck II 455 anwendbar, nach Dernburg II 537 unanwendbar, nach Knoke 49 dahin anzuwenden, daß der schuldhafte Mitgesellschafter für den Untergang Ersatz zu leisten, und der Gesellschafter, dessen Einlage unmöglich geworden, den Ersatz einzubringen hat.

§ 325 ist nach Planck II 455, Knoke 49 anwendbar, nach Windscheid (8) II 323 nicht. Ueber Knoke s. o. zu § 320 Note 3 a. E.

3. Die Vorschriften über die Gesellschaft gelten subsidiär für alle nicht unter Körperschaftsrecht stehenden Assoziationen des Reichsrechts. Nagler a. a. O.

Sie finden auf Innengesellschaften, — wo die geschäftsführenden Gesellschafter in eigenem Namen auftreten, die Geschäfte aber auf gemeinsame Rechnung gehen — nur insoweit Anwendung, als sie zu deren Eigenart passen. Dernburg II 2, 535; Oertmann 452.

4. Nach Endemann (3) I 816 gelten für die Gesellschaften die für die nicht rechtsfähigen Vereine gegebenen Sondervorschriften der §§ 54² BGB., 50, 735 CPO., 213 KO.; a. A. die herrschende Meinung Planck II 45; Knoke 20,

Enneccerus-Lehmann I 653, auch Endemann (8) I 1128 Anm. 3, 203 Anm. 4. Für die Zulässigkeit eines Konkurses über das Gesellschaftsvermögen: Seuffert, Konkursrecht 70 ff.; Cosack (3) II 393. Dagegen: Jaeger, Konkurs der offenen Handelsgesellschaft 24 f., 40 — arg. e contrario § 728 BGB.; aus § 213 KO. läßt sich die Konkursfähigkeit nicht herleiten, weil der Gesellschaft gerade die Eigenschaft fehlt, auf welcher die Zulässigkeit des Vereinskonkurses beruht, nämlich die Fähigkeit, wie ein Rechtssubjekt verklagt und ausgepfändet zu werden. Jaeger, Konkursordnung § 1 Anm. 60, § 25 Anm. 8; ebenso Gierke, A.bürgR. **19** 126; Nagler 739; Planck II 476.

5. Die Gesellschaft kann einen besonderen Namen haben. Staudinger II 544, Gierke 121. A. A. Hachenburg, Vorträge (2) 488. OLG. **4** 203 (Dresden): Kein Recht zur Firmenführung.

6. Der Gesellschaftsvertrag bedarf der Form, wenn Grundstücke eingebracht werden sollen, (§ 313) oder § 311 in Frage kommt. Planck II 475, Jastrow II 121, 124, Müller und Meikel, bürg. R. 361, Staudinger II 542, 545 ff.

7. Die Gültigkeit von Vorverträgen über demnächstige Eingehung einer Gesellschaft hängt davon ab, ob die Kontrahenten über den wesentlichen Inhalt des zwischen ihnen abzuschließenden Vertrags übereingekommen sind. Staudinger II 543. Für Gültigkeit auch Oertmann 444 gegen Staub zu Art. 90, HGB. § 1 b.

8. Die Gesellschaft muß einen gemeinsamen Zweck verfolgen. Daher sind keine Gesellschaften die partiarischen Rechtsgeschäfte (s. S. 60), bei denen keine Vereinigung, sondern ein Austausch von Leistungen stattfindet. Knoke 12.

Ein gemeinschaftlicher Zweck liegt vor, wenn mehrere den gleichen oder auch nur gleichartige Zwecke verfolgen. Knoke 14. Kein gemeinsamer Zweck bei der societas leonina; daher ist diese nichtig. Knoke 13, 51; Staudinger II 542, Enneccerus-Lehmann I 651, Planck II 457. A. A. Dernburg II 2, 550.

Jeder Zweck genügt. Knoke 14, Endemann (8) I 1131 f.; a. A. Staudinger II 542; Oertmann 441, nach denen es eine Gesellschaft ohne jeden vermögensrechtlichen Charakter nicht giebt.

Jeder Zweck ist zulässig, innerhalb der durch §§ 310, 134, 138 BGB. gegebenen Schranken. Knoke 16, Planck II 457, Endemann I 1132 Anm. 2.

9. Aus der Praxis: Der Verlagsvertrag ist kein Gesellschaftsvertrag auch wenn die Vertragschließenden prozentual betheiligt werden. RG. JW. **00** 59.

Der Erwerb eines Anwesens zwecks Weiterveräußerung auf gemeinsame Rechnung ist Gesellschaft. OLG. Bayern, SächsA. **52** 74.

Ueber die sich aus der Zeichnung zu einem Garantiefond für ein Ausstellungsunternehmen ergebenden, unter dem Gesichtspunkte der Gesellschaft zu beurtheilenden Rechtsfragen hat das RG. entschieden: Es ist zulässig, daß in dem Zeichnungsscheine bestimmte Personen, welche den Zeichnern als Berechtigte gegenübertreten sollen, bestimmt werden. Es kann im Falle der Inanspruchnahme der gezeichneten Beträge nicht jeder Zeichner Abrechnung verlangen. Die Bestimmung, daß einem bestimmten Organe Rechnung zu legen ist, ist wirksam. Seuff. A. **55** 275.

Zweifelhaft ist, ob sich aus §§ 705 ff. die Befugniß herleiten läßt, Geldstrafen gegen Mitglieder festzusetzen. (passim) RG. **51** 182.

10. Ueber die Verbindungen von Rechtsanwälten zur Ausübung des Berufs handelt ausführlich Josef, Gruchots Beitr. **44** 413 ff., 543 ff. Nach ihm handelt es sich hier nicht um Gesellschaften, sondern um besonders geartete, vom Gesetze nicht geregelte gegenseitige Verträge, 417 f., auf die jedoch nach der aus dem Wesen dieser Verbindung sich ergebenden Absicht der betheiligten Rechtsanwälte die Vorschriften der §§ 705 ff. BGB. entsprechend anwendbar sind (550).

Im einzelnen bedarf keiner der Anwälte zum Abschlusse von Dienstverträgen der Zustimmung des anderen Anwalts. Seine Honorarforderungen sind nicht Gesellschaftsvermögen 417 f. Der eine kann Armenanwalt des Gegners der Partei werden, die der andere vertritt 420 f. Für Versehen haftet nur der schuldhaft handelnde Anwalt, nicht sein Genosse 421.

Durch die Uebung, die Vollmacht auf den Namen beider RA. ausstellen zu lassen, übernehmen die verbundenen RA. gegenüber der Partei die Verpflichtung, daß einer oder der andere den Dienstvertrag erfüllt, die Vertretung besorgt, so daß also auch derjenige, der mit der Partei gar nicht abgeschlossen hat, mitverpflichtet wird und selbständig zur Erfüllung verpflichtet bleibt, wenn z. B. der andere stirbt. Beim Bestehen jener Uebung sind daher Schadensersatzklagen an sich gegen beide RA. begründet, vorbehaltlich des dem einen oder dem anderen zustehenden Nachweises, daß ihn ein Verschulden nicht trifft (423 ff.).

Andererseits ist jeder Anwalt dem anderen verpflichtet, seine Berufsthätigkeit auszuüben 550. Ueber die Folgen der Nichterfüllung der Pflicht — Stellvertretungspflicht, Kündigung — 554 f. Die Rechtsanwälte haben wie Gesellschafter zu handeln, soweit es sich um gemeinsame Einrichtungen handelt: Büreaupersonal, Büreaubedürfnisse 551. Der Anspruch auf das Guthaben bei der Auseinandersetzung ist nicht übertragbar 552. Die Betheiligten haften sich nur für diligentia quam suis rebus 554. Gewinnvertheilung und Auseinandersetzung sind den Vorschriften für die Gesellschaft analog zu behandeln (557 ff., 562 ff.).

§ 706. 1. Auf die Leistung der Beiträge kann jeder Gesellschafter klagen, nicht die Gesellschaft. Nagler 731, Staudinger II 546. A. A. Cosack (3) II 400. Ueber die Einrede des nicht erfüllten Vertrags vgl. Bem. 2 zu § 705. Vgl. auch **RG. JW. 00** 841, wo für das gemeine Recht unterschieden wird, ob die Gesellschafter die eingeklagte Verpflichtung von der Gegenleistung abhängig machen wollten oder nicht.

2. Die Leistungen müssen einen Vermögenswerth haben. Dernburg II 532.

3. Das Einbringen von Gegenständen in die Gesellschaft ist entgeltliche Veräußerung. Der Entgelt besteht darin, daß jedem Gesellschafter auch die Leistungen seiner Mitgesellschafter zu Gute kommen. Knoke 30.

Die Einbringung quoad usum ist nach den Vorschriften über die Miethe zu beurtheilen. Knoke 30, Endemann (8) I 1133 Anm. 8, Enneccerus-Lehmann I 656, Staudinger II 546, Oertmann 445. A. A. Windscheid (8) II 731; ablehnend auch Planck II 458.

4. Zu unterscheiden ist zwischen dem Illationsversprechen im Gesellschaftsvertrag und der Illation. Letztere vollzieht sich durch Zession, Uebergabe, Auflassung. Staub I 385, Knoke II A.bürgR. **29** 94 f., Nagler 730 f., Joerges 182 f. Die Auflassung muß sich auf das ganze Grundstück, auch soweit der einbringende Gesellschafter betheiligt ist, erstrecken. Sie ist auch dann erforderlich, wenn die bisherigen Miteigenthümer eine Gesellschaft begründen, in die sie das gemeinsame Grundstück einbringen. Knoke a. a. O. 96, Staub a. a. O., Endemann (3) II 227 Anm. 6, Oberneck, Grundbuchrecht 320, 325 f.; a. A. Nagler 744 f. auf Grund seiner Auffassung vom Wesen der gesammten Hand, und Dernburg II 538 Anm. 2, der die Auflassung gleichfalls da fordert, wo eine Veräußerung vorliegt, hier aber diese Voraussetzung leugnet.

Böser Glaube auch nur eines Gesellschafters verhindert den Eigenthumserwerb von einem Nichteigenthümer. Knoke a. a. O. 96.

5. § 706² begründet an sich nur eine Vermuthung dafür, wie die Verpflichtung zur Leistung der Beiträge auszulegen ist. Er wirkt aber in den Fällen, wo der Uebergangsakt, z. B. die Uebergabe, nicht erkennen läßt, ob quoad usum

oder quoad sortem eingebracht ist, wie eine Vermuthung für das dingliche Geschäft Knoke a. a. O. 95.

6. § 706 erschöpft auch dann, wenn weitere Verabredungen nicht getroffen sind, die Pflichten der Gesellschafter nicht. Aus § 242 lassen sich z. B. die Verpflichtungen, über Interna Stillschweigen zu bewahren (Knoke 31), oder ein Konkurrenzverbot herleiten. Planck II 457; ähnlich Enneccerus-Lehmann I 655.

§ 707. Kein Gesellschafter ist während des Bestehens der Gesellschaft zur Erhöhung seines Beitrags oder seiner Einlage berechtigt. Knoke, a. a. O. 31, Planck II 459; gegen die Formulirung in der Allgemeinheit Staudinger II 548, gegen Erhöhung können die anderen Gesellschafter nur dann Einspruch erheben, wenn sie eine Ausdehnung der Gesellschaft in sich schließt, wie sie von Anfang an nicht in der Intention der Betheiligten lag. Für Berechtigung zur Erhöhung auch Oertmann 446; s. auch zu § 713.

§ 709. Abs. 1. Zur Geschäftsführung gehören nur diejenigen Handlungen, die im Rahmen des bestehenden Gesellschaftsverhältnisses erforderlich werden. Daher nicht: Abänderung des Gesellschaftsvertrags. Knoke 56, Planck II 459; Vornahme von dem Gesellschaftszwecke fremden Geschäften, Knoke 58, Staudinger II 549.

Die Geschäftsführung umfaßt auch nicht die Einklagung rückständiger Beiträge, da nicht die Gesellschaft, sondern die Gesellschafter sie zu fordern haben. Knoke 34, 56, Planck II 460, Cosack (3) II 400, anders frühere Auflagen; a. A. Dernburg II 540. Auf die Klage gegen die säumigen Gesellschafter findet § 432 Anwendung. Oertmann 443 f., a. A. Knoke 34.

Trotz § 709[1] darf jeder Gesellschafter ohne Zustimmung der übrigen nach § 744 solche Maßregeln vornehmen, die zur Erhaltung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes nothwendig sind. Knoke 57, a. A. Seeler, Miteigenthum 95.

Abs. 2. Ob die Minderheit vor Fassung eines Majoritätsbeschlusses gehört werden muß, und in welcher Weise, ist nach Planck II 460 aus § 157 BGB. zu entscheiden. Nach Knoke 58, Staudinger II 550 im Zweifel zu bejahen. Dernburg II 2, 541 giebt bei Nichtanhörung in wichtigen Fällen oder im Regelfall ein Kündigungsrecht.

Ein Ausschluß sämmtlicher Gesellschafter von der Geschäftsführung ist nicht möglich. In solchem Falle greift Abs. 1 Platz. Knoke 61.

§ 711. Genereller Widerspruch ist unzulässig, Knoke 59. Das Widerspruchsrecht ist unverzichtbar a. a. O. 59, Staudinger II 552, Oertmann 449, Kuhlenbeck zu 711.

§ 712. Abs. 1 denkt nur an den Fall, wenn einem oder einzelnen Gesellschaftern mit Ausschluß anderer die Geschäftsführung eingeräumt ist. Er ist analog auf die Fälle anzuwenden, wo sich ein Gesellschafter Mehrheitsbeschlüssen unterworfen hat oder nach dem Gesellschaftsvertrage jeder ohne Rücksicht auf die anderen zu handeln befugt ist. Knoke 62.

Abs. 2 bezieht sich nur auf die durch Gesellschaftsvertrag übertragene Geschäftsführungsmacht Knoke 66; Makower, Kommentar z. HGB. 214. Der aus § 709 zur Geschäftsführung berufene Gesellschafter kann sich seiner Pflicht nur durch Kündigung der Gesellschaft entledigen. a. A. Staub I 372 Anm. 7, nach dem jeder Gesellschafter die Geschäftsführung jederzeit niederlegen kann; allerdings scheint er in der Niederlegung eine Kündigung zu sehen.

Das Recht auf Entziehung und das auf Kündigung ist unverzichtbar. Knoke 65 f., Müller, Seuff. Bl. 66 27.

§ 713. 1. Der geschäftsführende Gesellschafter hat keinen Anspruch auf Ersatz des Schadens, den er durch die Geschäftsführung oder bei ihr erlitten hat.

Knoke 69, Planck II 463, Windscheid (8) II 734, Schollmeyer, Schuldverhältnisse 76.

2. Der Gesellschafter kann mangels Abrede eine Vergütung für die Führung der regulären Geschäfte der Gesellschaft nicht liquidiren. (Ebenso **RG. JW. 01** 406). **Marcus**, KGBl. **12** 51; Scherer, Kommentar II 1018²; Oertmann II 451; ebenso Staudinger II 555, Knoke 70; jedoch ist nach letzterem und **Staub** eine stillschweigende Vereinbarung dann anzunehmen, wenn von dem Geschäftsführer Dienste verlangt werden, die eine besondere Berufsbildung erfordern z. B. als Baumeister u. A.

3. Die Geschäftsführer können Ersatz ihrer Auslagen nur aus dem Gesellschaftsvermögen fordern. Eine direkte Inanspruchnahme des Privatvermögens der Gesellschafter würde gegen § 707 verstoßen. **Knoke** 36, ebenso **Planck** II 462 (anders nach der Auflösung), Staudinger II 554 (713 Nr. 2), Oertmann 451.

Das Gleiche gilt von einem Gesellschafter, der während bestehender Gesellschaft eine Gesellschaftsschuld begleicht. **Knoke** 36; a. A. für diesen Fall unter Berufung auf § 426 BGB. Dernburg II 2, 539. — Nach Krech. Haftung für die Gesellschaftsschulden, Diss., 93 ff. ist der Erstattungsanspruch in das Gesellschaftsvermögen während Bestehens der Gesellschaft undurchführbar, weil § 736 CPO einen Titel gegen alle Gesellschafter voraussetzt, der klagende Gesellschafter aber keinen Titel gegen sich selbst erlangen könne. Zu helfen sei mit einer Feststellungsklage oder Kündigung (§§ 723 f.).

4. Der Gesellschafter ist nur an den Gesellschaftsvertrag, nicht an spätere Anweisungen bezüglich seiner Geschäftsführung gebunden. **Knoke** 68.

5. Wer als Gesellschafter Geschäfte der Gesellschaft geführt hat, ist zur Rechnungslegung verpflichtet. Jeder Gesellschafter kann für sich darauf klagen. OLG. Bayern, R. **02** 549.

§ 714. 1. Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes hat keine Organe. **Nagler**, SächsA. **10** 695 ff. Der zum Vertreter bestellte Gesellschafter ist nicht „gesetzlicher Vertreter". Er hat deshalb, weil er zur Vornahme des materiellen Rechtsgeschäfts ermächtigt ist, noch keine Prozeßvollmacht. Dernburg II 544. Hat er Prozeßvollmacht, so müssen gleichwohl alle Gesellschafter als Kläger oder Beklagte aufgeführt werden. Hellwig, Anspruch 198 f., Staudinger II 557.

2. Die Vertretungsmacht kann dahin beschränkt werden, daß die geschäftsführenden Gesellschafter die übrigen nur mit Rücksicht auf das Gesellschaftsvermögen verpflichten können. Knoke 80; **Planck I** 104 (für nicht rechtsfähige Vereine und anscheinend auch Gesellschaften), **Planck** (3) **II** 397, Staudinger II 551, Oertmann 442. **Gierke**, Vereine ohne Rechtsfähigkeit 39 und dort Citirte, Krech a. a. O. 77 ff.; a. A. Eck 85, Matthias I 130, Hachenburg 477. Nach Cosack braucht der gutgläubige Dritte die Beschränkung nicht gegen sich gelten zu lassen; a A. Krech. — Der im Namen der Gesellschaft Handelnde, haftet — bei obiger Abmachung — nicht persönlich (anders § 54²). Krech 77.

3. Die Gesellschafter werden für Schulden aus Verträgen eines Gesellschafters, die dieser nicht (ausdrücklich oder sonst erkennbarer Weise) im Namen der Gesellschaft geschlossen hat, auch dann nicht haftbar, wenn das aus dem Vertrag Erworbene in das Gesellschaftsvermögen geflossen ist. Krech 83.

§ 715. Der Gesellschafter kann sich nicht entsprechend § 712² von der Vertretung befreien. Knoke 76; a. A. Oertmann 452, Schollmayer 76. Es liegt auch kein Bedürfniß dazu vor, da die Vertretungsmacht nur Rechte, keine Pflichten giebt. Staudinger II 557² meint, daß eine Kündigung der Vertragsmacht mit der Geschäftsführung zulässig sei.

§ 716. Das Kontrollrecht kann nicht durch gewillkürte Stellvertreter, wohl aber unter Zuziehung von Sachverständigen ausgeübt werden. Knoke 60;

ähnlich Oertmann 453; weiter geht, soweit nicht Zweck der Gesellschaft oder Gesellschaftsvertrag entgegenstehen, Staudinger II 558.

§ 717. 1. Die hiernach übertragenen Ansprüche auf Gewinn- und Vermögensantheil können auch nach Abtretung durch die Gesellschafter, ohne Zustimmung des Zessionars abgeändert werden, so lange sie noch nicht fällig sind, bezw. die Gesellschaft noch nicht aufgelöst ist. Knoke 39; ebenso Staub I 388 Anm. 25.

Der Anspruch eines von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters auf Ersatz der Summe, die er auf Grund der Haftung mit seinem Privatvermögen hat zahlen müssen, ist übertragbar, da hier der zu § 717 Satz 1 führende Grund der Individualität des Gesellschafters fehlt. Knoke 38.

2. Der Anspruch auf Rechnungslegung aus einem Gesellschaftsverhältnisse ist unübertragbar. RG. 52 35 ff.

3. Abschluß einer Untergesellschaft ist zulässig, giebt aber den Gesellschaftern der ursprünglichen Gesellschaft gegenüber keinerlei Rechte als Gesellschafter. Dernburg II 2, 553, Staub I 389 Anm. 31, Staudinger II 559.

§ 718 f. 1. Bezüglich des Prinzips der gesammten Hand s. zu § 705 und unten 5.

2. Die Ansprüche auf Leistung der Beiträge gehören nicht zum Gesellschaftsvermögen. Planck II 467, Knoke 34, 74; a. A. Enneccerus-Lehmann I 662, Windscheid (8) II 737, Dernburg II 2, 545. Vgl. auch zu § 709.

3. Schließt Jemand ohne Vollmacht im Namen der Gesellschaft einen Vertrag und kommt das aus diesem Vertrag Erworbene in das Gesellschaftsvermögen, ohne daß nachträgliche Genehmigung erfolgt, so ist der Erwerb nicht „Gesellschaftsvermögen". Z. B. würde selbst, wenn ungerechtfertigter Weise erworbenes Geld in der Gesellschaftskasse mit zum „Gesellschaftsvermögen" gehörigen Gelde ununterscheidbar vermischt wäre, ein dieser Geldsumme entsprechenden Betrag von der gesammten Hand nicht mit ergriffen werden. Eine Bereicherungsklage würde gegen jeden Gesellschafter unmittelbar auf seinen Antheil an der Bereicherung zu richten sein. Krech 80 f.

4. Zum Gesellschaftsvermögen können auch Schulden gehören. Knoke 79, Staudinger II 512, Cosack (3) II 393 ff., Oertmann 455, Matthias I 628, Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit 35 Anm. 35, Joerges 218, Nagler 734; a. A. Hellwig, Anspruch 203 ff., 208, Schollmeyer 72.

Es giebt keine Schulden im Gegensatze zu den Privatschulden des einzelnen Gesellschafters, wie bei der Handelsgesellschaft. Auch die Verabredung, daß dem Gläubiger nur das Gesellschaftsvermögen haften soll, schafft keine Gesellschaftsschulden, vielmehr erleidet hier nur die gegen die Gesellschafter begründete Verpflichtung eine Modifikation. Hellwig, Anspruch 203. Demgemäß kann ein Gesellschafter in einem solchen Falle nicht seine Passivlegitimation bestreiten; die Beschränkung der Haftung bewirkt nur eine entsprechende Einschränkung des Urtheilstenor. Hellwig, Anspruch 205.

5. Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist nicht nur wegen Gesellschaftsschulden möglich, sondern auch wegen solcher Schulden, für welche die Gesellschafter aus einem von der Gesellschaft unabhängigen Grunde solidarisch haften. Planck II 468, Knoke 82 ff., Nagler 738, Matthias I 629, Dernburg II 2, 548; wohl auch Cosack (3) II 394 f.

6. Die Eintragung einer Hypothek auf den Antheil eines Gesellschafters an einem Grundstücke der Gesellschaft ist unzulässig, weil Bruchtheile i. S. des § 1114 BGB. nur im Wege der Auseinandersetzung geschaffen werden können. KGJ. 24 A 126 (KG.). A. A. Jaeger, Goldschmidts Z. 51 79, der das Gesammteigenthum für Miteigenthum nach unveräußerlichen Bruchtheilen erklärt.

— Der wegen einer Privatschuld belangte Gesellschafter kann eine Forderung der Gesellschaft auch mit Zustimmung der Mitgesellschafter nicht aufrechnen. OLG. **6** 25 (Dresden).

7. Der Nothwendigkeit der gemeinschaftlichen rechtsgeschäftlichen Verfügung entspricht der Grundsatz, daß jegliche Art gerichtlicher Verfolgung eines Gegenstandes des Gesellschaftsvermögens ebenfalls gemeinschaftlich sein muß, so daß die Gesammthänder nothwendige Streitgenossen sind. Hellwig, Anspruch 201.

Aufrechnungen mit Gesellschaftsforderungen kann, soweit materiell zulässig, nur der geschäftsführende Gesellschafter vornehmen. Knoke 88.

§ 723. 1. Die Kündigung muß an alle Gesellschafter erfolgen. Kündigung gegenüber den geschäftsführenden Gesellschaftern genügt nicht. Knoke 107; a. A. Oertmann 458, soweit die Annahme der Kündigung ein zur Geschäftsführung gehörender Akt sei. Vorzeitige Kündigung (Abs. 1 Satz 2) ohne wichtigen Grund ist wirkungslos. Knoke 107. Unzeitige Kündigung (Abs. 2) wirkt Auflösung und, bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Kündigenden Schadensersatzpflicht. Knoke 107, Staudinger II 568, Oertmann 459, Planck II 472.

2. Wichtiger Grund ist z. B. schuldhafte Nichtmitwirkung bei einem nothwendigen Geschäft. Knoke 57.

3. § 723 ist zwingende Vorschrift, und gilt auch für Gesellschaften alten Rechtes. OLG. Kiel, Seuff. A. **57** 266. Planck VI zu Art. 170; ähnlich Knoke 110.

§ 725. Zur Pfändung des Antheils genügt ein gegen den Gesellschafter gerichtetes Urtheil. Hellwig, Anspruch 205.

§ 726. Ein Unmöglichwerden des Zweckes liegt auch dann vor, wenn der Zweck nicht in der durch den Vertrag vorgesehenen Weise, insbesondere nicht mit den danach zur Verfügung stehenden Mitteln erreicht werden kann. Knocke 104; s. § 705 Nr. 9 **RG.**; ähnlich Staudinger II 571 (2).

§ 730. 1. Die Auseinandersetzung der Gesellschafter bedarf gerichtlicher oder notarieller Beurkundung, wenn über ein zum Gesellschaftsvermögen gehöriges Grundstück zu verfügen ist. Jastrow, Th. II 121, 124.

2. Das Gesellschaftsvermögen bleibt auch nach Beendigung der Gesellschaft nach dem Grundsatze der gesammten Hand gebunden, wird nicht ipso iure Miteigenthum u. s. w. zu gedachten Antheilen. Knoke 112, 116, 121; a. A. Oertmann 463, Gierke 129: Die Gesellschaft wird mit der Auflösung Auseinandersetzungsgemeinschaft, die grundsätzlich Gemeinschaft nach Bruchtheilen ist, wenn auch durch einige Gesammthandvorschriften modifizirt. A. A. Joerges, Goldschmidts Z. **51** 58.

3. Zur Uebertragung von Grundstücken einer offenen Handelsgesellschaft, bei deren Auflösung auf den das Geschäft übernehmenden Gesellschafter bedarf es der Auflassung. OLG. Hamb., Seuff. A. **57** 455 und OLG. **3** 34 (KG.), R. **02** 347. A. A. Staub § 145[8] (142[2]); dafür Lehmann-Ring 142[4].

§ 732. Für schuldhafte Verschlechterung oder Vernichtung der Einlagen quoad usum haftet der geschäftsführende Gesellschafter, den die Schuld trifft, nicht auch das Gesellschaftsvermögen. Planck II 478; a. A. Knoke 117 f. unter Hinweis auf § 278, ebenso Cosack (3) II 408, der Ersatz aus dem Gesellschaftsvermögen gewähren will.

§ 733. 1. Die Gesellschafter haben gegeneinander keinen Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältniß auf Berichtigung derjenigen Schulden, für die sie gemeinsam haften, ohne daß diese Gesellschaftsschulden sind. Knoke 119, Planck II 478.

2. § 756 hat neben § 753 Haftung für die Forderungen, die ein Gesellschafter gegen einen anderen Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrage hat. Knoke 122, Planck II 477 verneint generell die Anwendbarkeit.

3. Sind gemeinschaftliche Schulden, für welche nur das Gesellschaftsvermögen haftete, unberücksichtigt geblieben, so können die Gläubiger aus § 419 CPO. die einzelnen Gesellschafter insoweit in Anspruch nehmen, als ihnen bei der Theilung des Gesellschaftsvermögens etwas zugeflossen ist. Knoke 123. Windscheid (8) II 743.

4. Wenn die Gesellschafter einem Gläubiger bestreiten, daß seine Forderung eine gemeinschaftliche sei, so nützt ihm die gegen einen Einzelnen ergangene rechtskräftige Feststellung nichts: er muß alle verklagen. Hellwig, Anspruch 205. Hieraus folgt, daß Urtheile, welche Rechtsverhältnisse des Gesellschaftsvermögens betreffen, allen Gesellschaftern gegenüber ergangen sein müssen (206).

§ 735. § 427 BGB. ist auch auf die Gesellschaft anzuwenden, so daß die Gesellschafter im Zweifel als Gesammtschuldner auch dann haften, wenn sie sich im Vertrage zu einer theilbaren Leistung verpflichtet haben, und zwar unmittelbar und mit ihrem ganzen Vermögen, ohne daß der Gläubiger zunächst seine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen suchen muß. OLG. **4** 199 (Celle).

§ 736 ist unbedenklich auf den Fall auszudehnen, daß ein Privatgläubiger kündigt. Knoke 127, Staudinger II 578, Planck zu § 736.

§ 736 setzt eine schon im Gesellschaftsvertrage getroffene Bestimmung über das Fortbestehen der Gesellschaft voraus. Es genügt nicht, wenn erst nach erfolgtem Austritt eines Mitglieds eine stillschweigende Fortsetzung in Erscheinung tritt. OLG. **5** 381 (Hamburg). Vgl. o. zu § 54 Note 4 b.

§ 737. Weitergehende Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags sind nichtig. Knoke 128.

§ 738. 1. Die Vorschrift ist dispositiv. Oertmann 468, Heymann, Deutsche Literaturzeitung 1900, Nr. 18 1206—1207, gegen A. Leist. Staudinger II 582 hält sie für dispositiv hinsichtlich der Einzelheiten, zwingend hinsichtlich des Prinzips der Anwachsung.

2. Sicherheit ist auch für streitige Schulden zu leisten. Dernburg II 2, 552; Planck II 738.

3. Die Anwachsung vollzieht sich, auch bei Grundstücken ohne jeglichen Uebertragungsakt. Knoke 129.

4. § 738 ist entsprechend auf den vertragsmäßig vorgesehenen Eintritt eines Mitglieds anzuwenden. Gierke, A.bürgR. **19** 129; ders.: Vereine ohne Rechtsfähigkeit 26 ff. (Literatur); Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 397, Anm. 828 f. Ders.: Anspruch 282; Joerges 212, Nagler 742, Endemann (8) I 1142, Cosack (3) II 414, Hölder I 169, Staudinger II 578 f., Dernburg II 2, 553 — A. A. Planck II 480, Oertmann 467, Cosack (2) II 389, Ehrenberg, Handwörterbuch der Staatswissenschaften IV 233, Enneccerus-Lehmann I 672, Knoke 131 f., die Auflösung der alten, Gründung einer neuen Gesellschaft und Schuldübernahmevertrag unterstellen. Knoke, A.bürgR. **20** 171 ff. entwickelt entgegen seiner früheren Stellungnahme, folgende Sätze:

Die Neuaufnahme bedarf der Zustimmung aller (174) — nach Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit 16, Anm. 24 a, können leichtere Bedingungen im Gesellschaftsvertrage vereinbart werden —; die Gesellschafter können sich nicht im Voraus verpflichten, mit jedem beliebigen Dritten einen Gesellschaftsvertrag zu schließen (174). Der neue Gesellschafter tritt ohne Weiteres in die persönlichen und dinglichen Rechtsbeziehungen (175 ff.). Ein Antheil am Gesellschaftsvermögen wächst ihm an; ebenso Träntner, SächsA. **9** 183; a. A. Nagler 695 ff., der Uebertragungsakt fordert (dsgl. Francke R. **02** 415, weil die Anwachsung im Widerspruche zu der gesetzlichen Regelung der Gesellschaft stehe), für die Schulden

haftet er mit diesem Antheile; mit seinem Privatvermögen nur, wenn er sie persönlich übernimmt (181), oder wenn er für einen Ausscheidenden eintritt (182). A. A. Francke R. 02 416, der den Gläubiger mangels Vereinbarung zwischen den alten und neuen Gesellschaftern nur die Rechte aus dem Anfechtungsgesetze geben will.

Der Eintrittsvertrag ist formlos gültig (183); anders Nagler, der Beobachtung der Formen der §§ 313, 311 verlangt (745 f.).

5. Das Ausscheiden oder der Eintritt eines Gesellschafters hat auf einen anhängigen Prozeß keinen Einfluß. Das Ausscheiden ist als Veräußerung des Streitgegenstandes anzusehen (arg. BGB. § 738); der Ausscheidende behält also nach CPO. § 265 die Befugniß zur Prozeßführung. Ist die Haftung der Gesellschafter ausnahmsweise auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, so fällt sein Haftgrund weg und die Klage gegen ihn ist unbegründet. Hellwig, Anspruch 281. Der neue Gesellschafter tritt mit seinem Eintritte in die Haftung für die auf dem Gesellschaftsvermögen haftenden Schulden ein. Ein gegen die bisherigen Gesellschafter ergehendes Urtheil ist auch gegen den Eintretenden wirksam und vollstreckbar nach Maßgabe CPO. § 742. Hellwig, Anspruch 282.

6. § 738 ist nicht anwendbar auf den Fall, daß eine aus zwei Personen bestehende Gesellschaft durch Zeitablauf aufgelöst wird. LG. Metz, R. 02 19.

Mit Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter kann einer derselben aus der Gesellschaft aus und ein anderer an seine Stelle eintreten. Die Uebertragung der Rechte und Pflichten des Gesellschafters auf einen Dritten bedarf keiner besonderen Form. OLG. Karlsruhe, R. 03 42, BadRpr. 02 330.

§ 740. Die Vorschrift, daß Abwickelungsgeschäfte noch für Rechnung des ausgeschiedenen Gesellschafters gehen, gilt nur für das Verhältniß der Gesellschafter untereinander. RG. JW. 02 445.

Fünfzehnter Titel.

Gemeinschaft.

§ 741. Im Falle der §§ 428, 430 liegt ein Gemeinschaftsverhältniß vor. Planck II 222; a. A. Joerges 179 Anm. 132a.

Auch der Mitbesitz fällt unter die Vorschriften über die Gemeinschaft. Planck II 435. Daher hat auch ein Mitbesitzer gegen den andern den Anspruch aus § 745 Abs. 2, damit wird § 866 nicht illusorisch. M. Wolff, Iherings J. 44 175 Note 89.

§ 742. § 742 enthält eine widerlegbare Vermuthung. Seuff. A. 57 269 (KG.). Sie gilt nur im Verhältnisse der Gemeinschafter unter einander, nicht Dritten gegenüber, weshalb Hypotheken auf Antheile von Miteigenthümern nur eingetragen werden können, wenn sich die Größe der Bruchtheile aus dem Grundbuch ergiebt. Ebenso OLG. 2 87 (KG.), OLG. 4 387 (KG.); Seeler, Miteigenthum 42.

§ 743. 1. § 743 handelt nicht über die Art und Weise der Benutzung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes, sondern nur über das dem einzelnen Theilhaber zustehende Maß der Benutzung bei gegebener Benutzungsart. Letztere wird durch § 745 geregelt. OLG. Hamb., Seuff. A. 57 57 ff.

2. Abs. 2. Immaterialgüter vertragen den (gewerblichen) Gebrauch durch einzelne Gemeinschaften nicht. Herrmann, Nießbrauch u. Pfandrecht an einem Patentrecht n. BGB. 34.

§ 744. 1. Der Abs. 2 handelt nicht nur von physischer Erhaltung, sondern von der Erhaltung des wirthschaftlichen Werthes. Dernburg II 2, 578;

Seeler, Miteigenthum 20. Die Bestimmung ist analog auf die Gesellschaft anzuwenden. Knoke 57.

2. Der Gemeinschafter, der andere, als zur Erhaltung des Gegenstandes nothwendige Handlungen vornimmt, kann als Geschäftsführer Ersatz verlangen, wenn und soweit er mit dem Bewußtsein der Fremdheit des Geschäfts handelte, also nicht in Höhe seines Antheils. Er hat keine Ansprüche aus § 756, weil dieser eine auf die Gemeinschaft gegründete Forderung voraussetzt.

§ 745. Die Klage muß genau die gewünschte Maßregel bezeichnen, z. B. Verpachtung, abwechselnde Benutzung, Ueberlassung der Benutzung an einen Theilhaber gegen Abfindung der Uebrigen. Die Klage ist gegen diejenigen zu richten, mit denen Streit besteht. Recke, A.bürgR. **20** 147; vgl. auch Seeler, Miteigenthum 28; Dernburg II 2, 579, 582, Planck II 488. Nachträgliche Aenderung der Angabe der gewünschten Maßregeln ist nicht Klagänderung. Planck a. a. O. 16.

Darüber, inwieweit auftragslose Geschäftsführung bei vertragsmäßiger Regelung der Verwaltung und Benutzung möglich ist, s. Isay, Geschäftsführung 71/2.

§ 746. § 746 ist analog dahin auszudehnen, daß auch die Regelung durch rechtskräftiges Urtheil den Sondernachfolger verbindet; a. A. Oertmann 475.

§ 747. Die Sachlegitimation steht jedem Theilhaber nur zu seinem Antheile zu, Hellwig, Anspr. 182 ff. Die Quoten der übrigen Gemeinschafter kann er nur in deren Namen mit Prozeßvollmacht verfolgen, nicht im eigenen Namen selbst mit Zustimmung der Genossen. Ueber den Fall, daß eine Forderung Mehreren zusteht, die nicht Gesammtgläubiger sind, vgl. Hellwig zu § 432. Auch zur Kündigung ist der Einzelne nicht befugt; Hellwig, Anspr. 183 Note 7 und 188 (vgl. § 1077 Abs. 2). Das Gleiche gilt bezüglich des Rücktrittsrechts § 356 (467), bezüglich des Wiederkaufs- und Vorkaufsrechts (§§ 502, 513) und wird auch bezüglich der Anfechtung und des Widerrufs zu gelten haben, Hellwig, Anspr. 189. Verliert ein Einzelner das gemeinschaftlich auszuübende Recht, so geht es für alle Mitberechtigten unter (§ 356 Satz 2).

§ 749. Der Gemeinschafter kann von den anderen die Handlungen verlangen, welche nach §§ 752, 753 zur Aufhebung der Gemeinschaft erforderlich sind. Die Klage aus Abs. 1 ist also eine Leistungsklage. Hellwig, Anspr. 444 Note 4.

Wie eine vor der Fälligkeit erhobene Leistungsklage dennoch Erfolg hat, wenn während des Rechtsstreits die Fälligkeit eintritt, so kann die für einen noch nicht fälligen Anspruch auf Theilung gemäß §§ 749, 753 eingeleitete Zwangsversteigerung nach dem Eintritte der Fälligkeit fortgesetzt werden. **RG. 47** 363.

§ 752. Nach den Motiven II 881, 882, Denkschrift 89 sind bei Aufhebung einer Gemeinschaft durch Theilung in erster Linie die Vereinbarungen der Theilhaber, insbesondere auch über die Art der Theilung maßgebend, da die Vorschriften der §§ 752 und 753 BGB. nur dispositiv sind. OLG. **1** 309 ff. (Bayr. OLG.); ebenso Seeler, Miteigentum 82.

§ 753. Die Vorschrift enthält kein zwingendes Recht. OLG. Colmar, R. Z. f. EL. **22** 14.

§ 756. § 756 bezieht sich nicht auf Forderungen eines Theilhabers gegen den anderen, die durch Vereinbarung der Theilhaber zum Zwecke der Auseinandersetzung der Gemeinschaft hervorgerufen sind. Denn diese Forderungen hängen zwar thatsächlich mit der Gemeinschaft zusammen, haben ihren selbständigen Rechtsgrund aber in dem Vertrage. OLG. **1** 251 ff. (Stuttgart) und DJZ. **00** 507.

Sechzehnter Titel.
Leibrente.

§§ 759 ff. Die Leibrente ist eine periodisch wiederkehrende Leistung, die auch in etwas Anderem als Geld und vertretbaren Sachen bestehen kann, und die auf die Dauer des Lebens irgend eines Menschen gestellt ist; sie muß aber unabhängig von einer der einzelnen Leistung gegenüber stehenden und sie bedingenden Gegenleistung zugesichert sein. Eccius, Gruchots Beitr. **45** 13 ff.

Die einzelne Leibrentenleistung, ebenso wie das Recht auf die einzelne nach §§ 843, 844, 1361, 1580, 1612, 1710 zu entrichtende Rentenleistung ist keine aufschiebend durch das Erleben eines Zeitpunkts bedingte Forderung. Grundsätzlich ist vielmehr das Erlöschen des Rentenrechts durch den Tod dessen, auf dessen Leben die Rente steht, von dem Schuldner geltend zu machen. Die einzelne Rente wird nicht, wie eine bedingte Forderung, erst mit dem Erleben des Beginns einer Leistungsperiode klagbar, vielmehr kann nach § 258 CPO. schon vorher auf künftige Entrichtung geklagt werden. Im Konkurse kommt der Anspruch nicht als bedingte Forderung, sondern als Forderung von unbestimmter Höhe (KO. § 69) in Betracht. Absichtliche oder fahrlässige Herbeiführung des Todes desjenigen, auf dessen Leben die Rente steht, durch den Rentenschuldner wirkt nicht gemäß § 162 BGB., wohl aber als Grundlage eines Schadenersatzanspruchs. Eccius a. a. O. 18 ff.

§ 759. Aus dem Wortlaute dieses Paragraphen folgt nicht bloß, daß eine auf das Leben des Leibrentenempfängers gestellte Rente im Zweifel nur für diese Lebensdauer zu entrichten ist, sondern auch daß die auf das Leben eines Anderen (sei dies der Schuldner oder ein Dritter) gestellte Rente im Zweifel nur für die Lebensdauer des Gläubigers zu entrichten ist. Eccius a. a. O. 17.

§ 760 Abs. 3. Rechtskraftwirkung eines Urtheils, durch welches die Klage des Mannes auf Herstellung des ehelichen Lebens wegen Rechtes der Frau auf Scheidung zu klagen, abgewiesen ist (BGB. § 1353), für den Fall, daß die Frau nach Fälligkeit, aber vor Zahlung der nach § 3361 Abs. 1 BGB. geschuldeten Geldrente stirbt, ein Dritter (Erbe) den nach § 760 verfallenen Betrag gegen den Mann einklagt und dieser behaupten will, die Frau sei nicht berechtigt gewesen, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen d. Rechtskraft 477 ff.

§ 761. Die Schriftlichkeit des Leibrentenversprechens ist Formvorschrift für den ganzen Vertrag, durch den die Leibrente versprochen wird, und bedingt dessen Gültigkeit. Es genügt nicht, daß zu dem sonst formlos gültigen Vertrage nachträglich eine schriftliche Erklärung des Leibrentenversprechens hinzukommt, sondern die schriftliche Erklärung muß mit dem Versprechen der Gegenleistung entgegengenommen sein. Eccius a. a. O. 11.

Dieser Formvorschrift unterliegt auch der Dienstvertrag mit Pensionsabrede, weil die letztere unter den Begriff des Leibrentenversprechens fällt. Ebenda 15.

Siebzehnter Titel.
Spiel. Wette.

§ 762. I. Literatur: 1. Ebensowenig wie aus dem Spiele selbst, kann aus dem Auftrage dazu eine Verbindlichkeit entstehen, der Beauftragte, der für Jemandes Rechnung spielt, hat keine actio mandati contraria auf Ersatz seines Verlustes, ebensowenig wie dem Auftraggeber eine a. m. directa auf Herausgabe des Gewinns zusteht. Collatz, Iherings J. **40** 144 ff. und Bendix, Privatr. 479. A. M. Bingner, SächsA. **4** 4.

Anders verhält es sich mit einem Darlehen zu Spielzwecken, dieses ist klagbar, da bei ihm das Spiel nicht Voraussetzung seiner Entstehung, sondern nur Motiv ist. Tränkner, SächsA. 9 187. Ebenso Menzel a. O. 73.

Wettrennen sind, insoweit sie Zuchtrennen sind, weder Spiel noch Wette. Aus einem Vertrage, nach welchem der Rennverein demjenigen, der für ein ausgeschriebenes Rennen ein Pferd nennt, für den Fall, daß es als Sieger aus dem Rennen hervorgehe, einen Preis verspricht, kann daher geklagt werden. Als Zuchtrennen sind alle von staatlich subventionirten Vereinen zur Förderung der Landespferdezucht veranstalteten Rennen anzusehen. Trägt ein Wettrennen nicht den Charakter eines Zuchtrennens, so kann auf Auszahlung der ausgesetzten Preise nicht geklagt werden, da entweder ein Spiel- oder ein Wettvertrag vorliegt. Das ist z. B. bei allen Radfahrerrennen der Fall. Vgl. Hirschfeld, Ueber Wettrennen und Rennwetten 1899 20 ff.

2. Abs. 1 Satz 2 schließt bei einer gezahlten Spielschuld nur die condictio indebiti aus, nicht eine andere Kondiktion. Deshalb kann auch das einem verbotenen und gegen die guten Sitten verstoßenden Spiele Geleistete unter Umständen mit der cond. ob turpem causam zurückgefordert werden. Zwar befinden sich beim Spiele selbst beide, der Gewinner und der Verlierer, in pari turpitudine, bei der Zahlung und Annahme der Leistung aber trifft die turpitudo nur den Empfänger, nicht auch den Geber, der seiner Auffassung nach eine Ehrenschuld zahlt. Collatz a. a. O. 144 ff.

Ob ein verbotenes Spiel als nichtig zur Rückforderung des Geleisteten berechtigt, entscheidet sich nach dem Inhalt und Zwecke des einzelnen Verbotsgesetzes. Menzel a. a. O. 68.

Nissen, JW. 01 884 führt aus: Die dem Gewinner zufließende Valuta für Begebung eines ihm vom Verlierer über die Spielschuld ertheilten Wechsels hat als Zahlung der Spielschuld mit der Wirkung des § 762 Satz 2 zu gelten, wenn die Begebung auch noch im Zeitpunkt ihres Geschehens vom Verlierer bzw. den an seine Stelle tretenden Personen (ges. Vertreter, Erbe, Konkursverwalter) gewollt war. (Begr. aus dem Zahlungsbegriffe.) Daß dies der Fall, hat Gewinner gegenüber der Klage dieser Personen auf Rückgabe des Wechsels oder Herauszahlung seiner Valuta zu beweisen. Gegen den Verlierer selbst kann sich in dieser Beziehung Gewinner schlechthin auf die regelmäßig in der Wechselhingabe liegende Ermächtigung, den Wechsel durch Indossirung in Geld umzusetzen, berufen, indeß nur im Sinne einer zur Erbringung jenes Beweises dienenden Thatsache, nicht dagegen als Rechtsakt, da gleich der Wechselhingabe auch jene Ermächtigung nicht verpflichtend ist, insbesondere den Verlierer nicht verpflichtet, die künftige Valutirung des Wechsels als Zahlung der Spielschuld gelten zu lassen. Ausnahmsweise wirkt die Ermächtigung, den Wechsel durch Verkauf zu realisiren, auch gegen den in Unkenntniß der Sachlage zur Zeit der Realisirung befindlichen Erben und gesetzlichen Vertreter des Verlierers, wenn Verlierer gleichzeitig die Person, welche den Wechsel dem Gewinner abkaufte und valutirte, vorher hierum ersucht hatte, weil in diesem Falle der Verlierer die Zahlung an den Gewinner durch jenen Dritten als seinen Beauftragten leistet und damit sein Zahlungswille wie derjenige seines Erben und seines gesetzlichen Vertreters zur Zeit der Zahlung entbehrlich wird (§ 672). Anders nach § 23 RKonkO, wenn an Stelle des Verlierers dessen Konkursverwalter tritt. — Der Empfang der Begebungsvaluta durch den Gewinner hat unter den vorstehenden Voraussetzungen als unbedingte Zahlung der Spielschuld zu gelten, denn der mögliche Wechselregreß an den Gewinner bezweckt nicht, diesem jene Valuta zu entreißen. Daraus wird begründet, daß der den

Wechsel im Regreßweg einlösende Gewinner seinerseits Wechselregreß an den Verlierer nehmen darf.

Eine vor der Entscheidung des Spieles erfolgte Leistung (Einsatz, Hinterlegung) kann zurückgefordert werden. Menzel a. a. O. 64.

3. Abs. 2. Die zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld eingegangene Verbindlichkeit ist nicht nichtig, sondern nur kondizirbar. Collatz, Jherings J. **40** 144 ff.

Die Vorschriften des Abs. 2 beziehen sich, ebenso wie auf das kausale, auch auf das abstrakte Schuldversprechen. Menzel a. a. O. 66.

Enthält der vom Verlierer dem Gewinner an Zahlungsstatt girirte Wechsel noch die Wechselerklärungen anderer Personen, so stellt das Giro des Verlierers, weil es in erster Linie der Legitimirung des Gewinners zwecks wechselmäßigen Vorgehens gegen diese anderen Wechselverpflichteten dient, keinen durch Abs. 2 des § 762 betroffenen Akt dar. Nissen, a. O. 884 ff.

II. Aus der Praxis: 1. Der einem Kommissionär gegebene Wett- oder Spielauftrag erzeugt für diesen keinen klagbaren Anspruch auf Erstattung der Wett- oder Spielaufwendungen und auf Provision; die auf diese Weise entstehende Schuld nebst der etwaigen Provisionsforderung ist für den Auftraggeber sachlich nichts Anderes als eine Spiel- oder Wettschuld. **RG. 51** 156.

2. Die Anwendung des im § 762 ausgesprochenen Grundsatzes, daß durch Spiel eine Verbindlichkeit nicht begründet werde, auf das unter Mitspielern gegebene Darlehen ist ausgeschlossen. OLG. **5** 104 (Marienw.). Vgl. auch zu § 817.

3. Auch der Bankier hat keinen Erstattungsanspruch wegen der auftragsgemäß zu dem Spielgeschäft verwendeten Stempelauslagen OLG. **1** 374 (Kammergericht). Wohl aber hat der Auftraggeber Klage auf Auszahlung des von dem Beauftragten bereits einkassirten Gewinns. OLG. **4** 232 (Hamburg).

4. Was auf einen für eine Schuld aus einem Differenzgeschäfte zahlungshalber oder an Zahlungsstatt gegebenen Wechsel gezahlt ist, kann nicht zurückgefordert werden. Hat der Differenzgläubiger den Wechsel gegen Valuta begeben und der Differenzschuldner an den gutgläubigen Wechselerwerber gezahlt, so kann der Differenzschuldner vom Differenzgläubiger auch nicht die empfangene Valuta kondiziren. **RG. 47** 48.

Wird ein auf einen Dritten bezogener Wechsel für eine Spielschuld zahlungshalber hingegeben, so kann der Verlierer, der den Wechsel gegeben, wegen Unwirksamkeit der Spielschuld jeder Zeit denselben zurückfordern. Wird der Wechsel vor der Rückforderung von dem Dritten bezahlt, so gilt damit auch die Spielschuld als im Auftrag und mit Genehmigung des Verlierers als getilgt, eine spätere Rückforderung ist ausgeschlossen. Ist aber der Verlierer vor der Zahlung des Wechsels in Konkurs gerathen, so kann der Gemeinschuldner eine spätere Zahlung des Wechsels als Zahlung auf die Spielschuld nicht mehr wirksam anerkennen. Deshalb kann der Verwalter den Betrag, der nach der Konkurseröffnung auf den Wechsel gezahlt wird, zur Konkursmasse herausverlangen. **RG.** SächsA. **10** 41.

Die Behauptung des Beklagten, daß dem Klagewechsel Spielgeschäfte zu Grunde lägen, ist eine Einrede, die zu begründen dem Beklagten obliegt. **RG.** JW. **00** 157.

5. Hat der Differenzschuldner eine Hypothek, wenn auch an Zahlungsstatt hingegeben, so ist dieselbe rückforderbar, sofern neben der Hingabe eine persönliche Verbindlichkeit des Schuldners bestehen geblieben ist; denn beim Fortbestande letzterer Verbindlichkeit ist die Schuld aus dem Differenzgeschäfte nicht wie durch Zahlung erfüllt und das Schuldverhältniß selbst damit endgültig gelöst, sondern es ist behufs Erfüllung der Schuld aus dem Differenzgeschäfte vom

Differenzschuldner eine Verbindlichkeit übernommen, welche ebenso unverbindlich ist, wie die hinter ihr stehende Differenzenschuld. **RG. 47** 48.

Eine Differenzschuld kann weder durch Schuldanerkenntniß, noch durch Vergleich, noch durch Hingabe von Wechseln gültig, und weder durch Bürgschaft noch durch Pfand rechtsbeständig gesichert werden. **RG. 47** 48. Ebenso **RG. 37** 416 (Prozeßvergleich), **RG. 38** 251 (Bürgschaft). Ebenso **RG.** JW. **01** 286, Bolze **20** Nr. 526 (Vergleich, Wechselhingabe); vgl. OLG. **4** 234 ff. unten Note 2 zu § 814.

6. Streiten die Parteien ernstlich über die Frage, ob die geltend gemachte Forderung aus klaglosen Differenzgeschäften oder aus gültigen Kaufgeschäften herrühre, und hat ein Vergleich die Beseitigung dieses Streites zum Gegenstande, so ist der Vergleich solchen Inhalts rechtlich wirksam. Denn der einen solchen Streit erledigende Vergleich ist nicht zur Erfüllung einer Spielschuld, nicht „über ein Differenzgeschäft" geschlossen, sondern er betrifft *gerade die Frage*, ob ein unklagbares Spielgeschäft oder ob ein gültiger Vertrag vorliegt; ihm haften daher nicht die Mängel an, welche die Ungültigkeit des Spielvertrags bewirken. **RG. 49** 192.

Vgl. hierzu **RG. 37** 416, wo im Vorprozesse darüber gestritten worden war, ob dem Kläger ein vertragswidriges Verhalten zur Last falle, den Differenzeinwand hatte die Beklagte nicht vorgeschützt, sondern diesen erhob sie erst nach Abschluß des Vergleichs gegenüber der auf dessen Erfüllung gerichteten Klage.

Abmachungen, die Vergleichsnatur nur dahin haben, daß sie dem Gläubiger für seine Forderung, deren Verwirklichung unsicher war, einen Weg eröffnen, sich bezahlt zu machen, beseitigen nicht die Berufung des Schuldners auf die Unklagbarkeit der Schuld. **RG.** JW. **02** Beil. 254.

§ 763. 1. Dieser Paragraph ergiebt die civilrechtliche Verbindlichkeit eines Lotterievertrags, auf Grund dessen in einer staatlich genehmigten Lotterie gespielt wird, für alle Reichsangehörigen; (ebenso *Menzel* a. O. 70) die landesgesetzlichen Verbote des Spielens in auswärtigen Lotterien haben sonach für bundesstaatlich genehmigte Lotterien ihre etwaige privatrechtliche Wirkung verloren. **RG.** vom 11. 5. 01, **48** 175 ff., JW. **01** 479, DJZ. **01** 307 und **RG.** v. 28. 4. 02, JW. **02** 375.

Ebenso nimmt *Endemann*, (DJZ. **98** 51 f. u. Einführung **1** 853) an, daß die staatliche Genehmigung einer Lotterie die Gültigkeit des Lotterievertrags nach Reichsrecht bewirkt, demgegenüber die landesrechtlichen Lotterieverbote außerstaatlicher Lotterien nicht mehr in Betracht kommen.

Dagegen hat das **RG.** angenommen, daß die landesgesetzlichen *Verbote* des Spieles in auswärtigen Lotterien (z. B. preuß. Gesetz vom 29. 7. 85) durch § 763 BGB. nicht aufgehoben sind. **RG.** in Straff. **33** 196, 335 und **KGJ. 21** C 51 ff.; vgl. auch **R. 00** 414.

Daß das staatliche Verbot des Spielens in auswärtigen Lotterien keine Einwendung gegen die Klage auf Auszahlung der Gewinne gegen den Lotterieunternehmer giebt, der eine staatliche Genehmigung erhalten hat, hebt *Friedrichs*, Prozeßpraxis 351 hervor.

2. Die Veranstaltung eines Totalisators ist nicht nach § 763 zu beurtheilen, da die polizeiliche Genehmigung eines Totalisators in Preußen nicht eine staatliche Genehmigung im Sinne dieses Paragraphen ist, es außerdem auch bedenklich erscheint, diese Veranstaltung für eine Lotterie im Sinne des BGB. zu erklären. OLG. **4** 232 ff. (Hamburg).

§ 764. 1. *Trumpler*, Differenzgeschäfte, Goldschm. Z. **50** 383 ff.: Leistung ist jede Vermögenszuwendung, insbesondere auch die Eingehung einer Verbindlichkeit, und zwar nicht bloß an Erfüllungsstatt (Novation), sondern auch erfüllungshalber (Kumulation). Ausgenommen sind nach Abs. 2 solche Leistungen, die in einer vom verlierenden Theile gegenüber dem gewinnenden zum Zwecke

der Erfüllung der Spielschuld eingegangenen Verbindlichkeit bestehen. Wechselverbindlichkeiten des verlierenden Theiles sind also, soweit sie dem gewinnenden Theile gegenüber bestehen, unwirksam; dagegen ist der verlierende Theil einem dritten Wechselgläubiger ohne Rücksicht auf dessen Gutgläubigkeit verhaftet, es sei denn, daß durch die Wechselerklärung nur eine akzessorische Verbindlichkeit erzeugt werden sollte. Die in Form der Lieferungsverträge und in der Absicht, einen Preisunterschied zu gewinnen, geschlossenen Geschäfte (Differenzgeschäfte) sind, soweit sie thatsächlich vorkommen, nicht Verträge im Sinne der Begriffsbestimmung des § 764 Satz 1 (Differenzgeschäfte im Rechtssinne), sondern Verträge, die in der Absicht geschlossen werden, bis zum Lieferungstermine die gekaufte Waare theurer weiter zu verkaufen, die verkaufte Waare billiger anzuschaffen, d. h. den Unterschied zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis zu gewinnen (Differenzgeschäfte im wirthschaftlichen Sinne); mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Differenzgewinnungsabsicht stellen sich erstere Geschäfte als wirthschaftlich zwecklose Verträge dar, die nach § 764 als Spiel anzusehen sind, letztere als wirkliche Käufe im Sinne des § 1 Abs. II Ziff. 1 des HGB. Dagegen geht § 764 im Anschluß an die Rechtsprechung des ROHG. und des RG. von der Anschauung aus, daß die thatsächlich vorkommenden Differenzgeschäfte Differenzgeschäfte im Rechtssinne sind. Mit obiger Feststellung wird daher die Anwendung des § 764 der Boden völlig entzogen.

§ 764 bezieht sich nur auf den freien Börsenterminhandel, für den offiziellen Börsenterminhandel gilt das Reichs-Börsengesetz vom 22. 6. 96. Ein Differenzgeschäft im Gegensatze zum klagbaren Zeitkaufe liegt nur dann nach § 764 vor, wenn die Absicht der Parteien ausschließlich auf Zahlung des Preisunterschieds gerichtet war. Menzel a. a. O. 85.

Das Börsendifferenzgeschäft ist, da es in seinem Ausgang allein oder doch mindestens hauptsächlich vom Zufall abhängt, ein Glücksspiel, welches, sofern — wie es regelmäßig der Fall sein wird — es gewerbsmäßig betrieben wird, unter die Strafandrohung des § 284 StGB. fällt. Die im Börsenregister Eingetragenen werden zwar durch die Vorschrift nicht getroffen (Börsenges. § 69, EG. z. BGB. § 34), doch bleibt es Aufgabe der strafverfolgenden Behörden, gegen diejenigen, welche den Spieleinwand aus Börsengeschäften mit Erfolg erhoben haben, in prüfende Vermittelung einzutreten, ob sie sich des gewerbsmäßigen Glücksspiels schuldig gemacht haben. Die Civilkammern würden zu diesem Behuf ihre Akten der Staatsanwaltschaft vorzulegen haben. Götze, Vom Glücksspiel, PreußVerwBl. 21 109 ff.

2. Aus der Praxis:

Als Spiel ist anzusehen ein Vertrag über Lieferung von Werthpapieren, der nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden Absicht beider Theile oder nach der dem Anderen erkennbaren Absicht auch nur des einen Theiles allein dahin führen soll, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden an den gewinnenden Theil gezahlt wird. Es ist zwischen Spekulation und Spiel zu unterscheiden. Spielen mit einem Anderen kann der Kassakäufer oder Kassaverkäufer nur, wenn er mit seinem Abnehmer darüber einig ist, daß nicht geliefert und ein Kaufpreis nicht geschuldet und nicht gezahlt werden, sondern irgend ein von vornherein bestimmter oder von einem der beiden Theile zu bestimmender Umstand, Tag oder Frist, darüber entscheiden soll, was und wem zu zahlen ist. RG., Holdheims Mschr. 02 112, Bankarchiv 1 120, JW. 02, Beil. 199. SächsA. 12 39 ff. Ebenso: Spekuliren kann man beim Kassa- und Zeitgeschäft. Aber mit dem Differenzgeschäfte hat diese Spekulationsabsicht an sich nichts zu schaffen. Für das Differenzgeschäft ist wesentlich, daß gespielt wird. Die von dem Tage des Vertragsschlusses ver-

schiedene Lieferungszeit mit ihrem nicht vorausfehbaren Börsen- oder Marktpreis ist für dieses Spiel seiner Natur nach wesentliche Voraussetzung. Die Tages- und Kassageschäfte stehen in der Regel im Gegensatze zu den Differenzgeschäften. Um für Kassageschäfte die Eigenschaft als Differenzgeschäfte zu begründen, ist nachzuweisen, daß der Geschäftsverkehr simulirt sei, daß in Wirklichkeit Papiere nicht gekauft und später verkauft worden seien. Unwesentlich ist, ob der Kommittent Eigenthum an den Papieren erworben hat; dies berührt nur die Frage der Erfüllung, nicht die Frage nach dem Abschlusse des Kaufgeschäfts. Auch die Thatsache, daß der Kommittent nicht in den Besitz der gekauften Waare gelangt ist, ändert nichts daran, daß ein effektives Kaufgeschäft vorliegt. **RG. 52** 250 ff., Holdheims Mschr. **02** 113, Bankarchiv **1** 128.

RG. 52 250 ff., JW. **02** Beil. 276. Den Differenzgeschäften müssen nach der Absicht des Gesetzes gleichgestellt werden sogenannte Kassageschäfte, bei denen die Kontrahenten ebenfalls darüber einig sind (oder doch die Absicht des einen Theiles erkennbar war), daß in Wirklichkeit das gehandelte Papier nicht gekauft werde, sondern dem angeblichen Käufer oder Einkaufskommittenten nur der unmittelbar nach dem Vertrage notirte Börsenpreis belastet und später der Börsenpreis eines angeblichen Verkaufstags gutgeschrieben werden sollte. Eine solche Vereinbarung wäre ein klagloser Spielvertrag.

Vgl. zu diesen Urtheilen Trumpler, Bankarchiv **2** 51, ferner auch Neukamp, Bankarchiv **1** 120, sowie Staub, DJZ. **02** 262, Neander Müller, Differenztheorie und Börsengeschäfte.

Zu §§ 762 ff. vgl. §§ 48 ff., 66 Börsengesetz.

Achtzehnter Titel.

Bürgschaft.

§ 765. 1. Düringer-Hachenburg, Kommentar zum HGB. **II** 273. Die Bürgschaft ist prinzipiell ein einseitiger Vertrag. Sie umfaßt nur die Verpflichtung des Bürgen, die Schuld des Hauptschuldners zu erfüllen. Bei einer vertragswidrigen Gestaltung der Bürgschaft kann diese aber Theil eines gegenseitigen Vertrags bilden. Die Nichterfüllung der Zusage des Gläubigers giebt dem Bürgen dann das Recht, seinerseits die Erfüllung zu weigern.

Im Verhältnisse zwischen Hauptschuldner und Bürgen bildet die Uebernahme einer Bürgschaft den Inhalt einer Obligation. Die Bürgschaft kann dann Gegenstand eines gegenseitigen Vertrags sein, so bei allen kaufmännischen Bürgschaften gegen Provision. Hier liegt ein Dienstvertrag im Sinne des § 611 BGB. vor. Das Recht der Kündigung bestimmt sich nach § 620 Abs. 2 und § 626 BGB. Erfolgt die Bürgschaft nicht gegen Gegenleistung, so ist entweder ein Auftrag oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag gegeben (285).

2. Abs. 1. Die Bürgschaft hat einen eigenen, wie bei jedem anderen Vertrage gemäß § 269 festzustellenden Leistungsort, der mit dem Leistungsorte der Hauptschuld prinzipiell nur dann übereinstimmt, wenn Wesen und Zweck der Bürgschaft die Leistung des Bürgen am Erfüllungsorte der Hauptschuld fordern. Für Geldschulden ist regelmäßig ein von der Hauptschuld unabhängiger Leistungsort des Bürgen anzuerkennen. Diese Grundsätze gelten auch für die selbstschuldnerische Bürgschaft und ebenso für den Fall, daß im Hauptvertrag ein besonderer Leistungsort vereinbart ist. Türk, Gruchots Beitr. **44** 837 ff. Dagegen Staub, Komm. z. HGB. (6/7.) 1230 f. und Gruchots Beitr. **45** 219 ff. Wie Türk auch Lichten, Ztschr. f. deutsches bürgR. u. franz. Civilr. **31** 150 ff. **RG. JW. 02** 219. Aus der akzessorischen Natur des Bürgschaftsvertrags allein kann nicht die Verpflichtung des Bürgen, am Wohnsitze des Hauptschuldners zu erfüllen, und

die Unterwerfung des Bürgschaftsvertrages unter das für die Hauptschuld maßgebende örtliche Recht gefolgert werden.

3. Abs. 2. a) Als „künftige Verbindlichkeit" sind auch solche Verbindlichkeiten anzusehen, deren künftige Begründung von dem freien Willen dessen abhängig bleibt, dem das Bürgschaftsversprechen gegeben ist. Durch die Bürgschaftserklärung wird dem Gläubiger in solchem Falle die Ermächtigung ertheilt, die Forderung gegen den Hauptschuldner zur Existenz zu bringen. Diese Ermächtigung kann aber bis zur Entstehung eines Bandes zwischen Gläubiger und Hauptschuldner von dem durch keine Verpflichtung gebundenen Bürgen widerrufen werden. Vor dem Entstehen der Verbindlichkeit und solange der Gläubiger auch dem künftigen Schuldner gegenüber nicht zur Begründung dieser Verbindlichkeit verpflichtet ist, wird kein Forderungsrecht irgend einer Art an den Bürgen für den Gläubiger begründet. Erst mit der Begründung des zu sichernden Obligationsverhältnisses entsteht die Bürgschaftsverbindlichkeit, vorher ist auch kein in der Schwebe befindliches Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Bürgen anzuerkennen. Eccius, Gruchots Beitr. **46** 56 ff. Vgl. auch Kremer, Mitbürgschaft 6 ff.

b) Die Kreditbürgschaft unterscheidet sich von dem Kreditauftrage (§ 778) dadurch, daß letzterer ein wirkliches Auftragsverhältniß mit der Verpflichtung des Beauftragten zur Kreditgewährung voraussetzt. Bendix, A.bürgR. **20** 159, 161 f.

Der Bürgschaftsbegriff ist zu beschränken auf die durch den (schriftlichen) Bürgschaftsvertrag entstehende Verpflichtung; dem Kreditmandanten (§ 778), der Jemanden anweist, einem Dritten unter seiner Mithaftung Kredit zu geben, liegt eine eigentliche Verbürgung fern; es sind hier und in sonstigen Fällen die Bürgschaftsgrundsätze nur analog anwendbar. Kremer, Mitbürgschaft 21 ff.

c) Bürgschaft für eine bedingte Forderung ist keine bedingte Bürgschaft. Der § 162 Abs. 1 BGB. ist nicht anwendbar. Bei Verhinderung des Eintritts der Bedingung durch den Bürgen gilt die Bedingung nicht als eingetreten. Der Bürge kann nur aus unerlaubter Handlung haften. Düringer-Hachenburg, Kommentar II 264.

§ 766. Wird die schriftliche Bürgschaftserklärung mündlich von einer Bedingung abhängig gemacht, so ist die schriftliche Bürgschaftserklärung rechtsunwirksam, da sie nicht dem wirklichen Willen des Erklärenden entspricht. OLG. **2** 283 (Posen).

Die Bestellung eines Pfandes für fremde Schuld unterliegt nicht den Formvorschriften für die Bürgschaft. OLG. **5** 323 (Dresden).

Durch die Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung wird der Mangel der Schriftform geheilt. Das Rechtsverhältniß ist dann zwischen den Parteien ebenso zu beurtheilen, wie wenn von Anfang an ein schriftlicher Vertrag vorgelegen hätte. Hieraus folgt, daß der Bürge nicht etwa aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung Zurückzahlung verlangen kann. OLG. Dresden SächsA. **12** 497 ff.

Die sogenannte kumulative Schuldübernahme unterliegt ebenfalls der Schriftform des § 766. **RG. 51** 121. Vgl. hierüber oben Note 4 zu § 414. Nicht aber bedarf der Kreditauftrag des § 778 der Schriftform, s. unten Note 1, 2 u. 4 zu § 778.

Schriftlich ist eine Bürgschaftserklärung nur dann ertheilt, wenn der Inhalt der unterzeichneten Erklärung erkennen läßt, daß für die Schuld eines Anderen eingestanden werden soll. Durch das in der Annahme eines Wechsels liegende abstrakte Schuldversprechen wird daher der Formvorschrift des § 766 nicht genügt. **RG. 51** 113.

Daß der Name des Gläubigers in der Bürgschaftserklärung ausgeschrieben enthalten sei, wird nicht erfordert, nur das Schuldverhältniß, auf welches sich die Bürgschaft bezieht, muß hinreichend bezeichnet sein. OLG. Hamburg, Seuff. A. **57** 268.

Eine Bürgschaft kann unter der auflösenden Bedingung übernommen werden, daß der Gläubiger, dem sie dienen soll, seinerseits dem Bürgen in Zukunft etwas leiste. Ist von dieser Bedingung das Fortbestehen des Rechtsgeschäfts nach dem Willen der Kontrahenten abhängig, so kann, falls die versprochene Leistung an den Bürgen nicht erfolgt, die Uebernahme der Bürgschaft und das auf Grund derselben Geleistete kondizirt werden. RG. SächsA. **12** 34 ff.

§ 767. 1. Der Ausdruck „Bestand" im § 767 bezeichnet nur den Gegenstand der Hauptschuld und zugleich ihre Rechtsbeständigkeit, nicht den Bestand im Sinne aller rechtlichen Beziehungen der Hauptschuld. Es kann daher aus § 767 und dem für die Verpflichtung des Bürgen als maßgebend erklärten jeweiligen Bestande der Hauptverbindlichkeit nicht gefolgert werden, daß der Leistungsort des Hauptschuldners auch derjenige des Bürgen sei. Türk, Gruchots Beitr. **46** 49 f. Vgl. oben Note 2 zu § 765.

2. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen d. Rechtskraft 446 ff. Ist im Prozesse zwischen Bürgen und Gläubiger der Bestand der Hauptverbindlichkeit streitig, so ist ein zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner über den Bestand der Hauptverbindlichkeit ergangenes Urtheil res iudicata. Denn der Bestand der Hauptverbindlichkeit ist relatives Recht zwischen Hauptschuldner und Gläubiger, und die Entscheidung über solches relatives Recht zwischen seinen Subjekten äußert ihre Rechtskraftwirkung nach der Natur der Sache absolut. Ebenso kann ein Urtheil zwischen Gläubiger und Bürgen Rechtskraft gegenüber dem Hauptschuldner äußern; z. B. wenn ein Darlehen mit der Abrede der Fälligkeit zu bestimmtem Termine, falls bis dahin kein Bürge gestellt sei, gegeben ist. Ist die Gläubigerklage gegen den angeblichen Bürgen abgewiesen, so verstößt die Behauptung des Schuldners, die Bürgschaft bestehe doch, contra rem iudicatam.

3. Im Falle einer Anfechtung der Hauptschuld durch den Hauptschuldner wegen Irrthums haftet der Bürge nicht für den Anspruch des Gläubigers auf das negative Interesse. Düringer-Hachenburg, Kommentar II 265.

Die dem Hauptschuldner erklärte Kündigung ist auch für den Bürgen bindend. Die Kündigung an den Bürgen genügt selbst dann nicht, um die Forderung fällig zu machen, wenn der Bürge selbstschuldnerisch haftet. Thiele, Die Kündigung insbesondere bei Darlehen n. d. BGB. A.civPr. **89** 128.

Lichten a. a. O. meint, ein vertragsmäßiges Anerkenntniß des Hauptschuldners binde den Bürgen nicht.

4. Abs. 2 bezieht sich nicht auf Kosten, welche vor der Bürgschaftserklärung durch Ausklagung des Hauptschuldners erwuchsen. LG. Nürnberg, Seuff. Bl. **67** 354.

§ 768 Satz 1 sagt nichts über die Rechtskraftwirkung des Hauptschuldner-Urtheils auf den Bürgen. Mendelssohn-Bartholdy 447.

Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehende Chikaneeinrede, insbesondere die Wandelungseinrede geltend machen, ebenso der Dritteigenthümer der Pfandsache (§§ 1137, 1211). Flechtheim, Gruchots Beitr. **44** 96 gegen Planck zu § 776 Note 1.

Die akzessorische Natur der Bürgschaft ist anerkannt. Der Bürge hat nur für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners, nicht für die den Gegenstand des Hauptvertrags bildende Leistung einzustehen. Deshalb kann der Bürge wie nach § 310 I. 14 preuß. ALR. (Strieth. A. **34** 312, ROHG. **20** 49) auch die dem Schuldner zustehenden Einreden geltend machen, z. B. die der Verjährung der Hauptschuld. Bendix, Privatr. 482.

Verzicht des Hauptschuldners auf eine Einrede zieht nicht den Verlust derselben für den Bürgen nach sich. Lichten a. a. O.

§ 769. Nach § 769 sind „Mitbürgen" mehrere Bürgen derselben Hauptschuld, einerlei ob sie gemeinschaftlich oder gesondert eintraten. Jene erforderliche Schuldidentität liegt vor zwischen der primären und der auf ein Erfüllungssurrogat gerichteten Schuld, dagegen (schon nach Auffassung der Römer) nicht zwischen solidarischen Schulden verschiedener Schuldner oder an verschiedene Gläubiger. Miterben eines Bürgen u. s. w. sind keine Mitbürgen. Kremer a. a. O. 23 ff. vgl. ferner o. Note 3 zu § 422.

§ 770. Der im § 770 niedergelegte Gedanke ist auf alle Fälle ausdehnbar, in denen dieselbe Rechtslage, eine wirksame, aber durch den Hauptschuldner entkräftbare Verbindlichkeit gegeben ist. Hierher gehört z. B. das Recht des Schuldners auf Herabsetzung der Vertragsstrafe, das Recht auf Minderung des Kaufpreises u. s. w. Düringer-Hachenburg, Kommentar II 292.

Der Bürge darf zwar ein dem Hauptschuldner zustehendes Anfechtungsrecht wegen Betrugs und Drohung nicht ausüben, wohl aber die entsprechenden Einreden geltend machen. Staffel, Peremptor. Einrede SächsA. **10** 672.

Bruck, Bedeut. d. Anfechtbarkeit, hebt hervor: das den Bürgen schützende Recht, die Befriedigung des Gläubigers wegen Anfechtbarkeit des Primärgeschäfts zu verweigern, ist eine Ausnahmewirkung der Anfechtbarkeit ohne dazutretende Anfechtungserklärung. Analogieen in §§ 1137 u. 1211 vgl. o. Note 2 u. 3 zu § 143.

Auf ein Aufrechnungsrecht, das nur dem Hauptschuldner, nicht dem Gläubiger zusteht, kann sich der Bürge nicht berufen, wie bei der Aufrechnungsbefugniß des Schuldners zufolge einer Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung des Gläubigers. Lichten a. a. O.

§ 771. Bei einmal vorgenommener fruchtlosen Zwangsvollstreckung kann der Bürge den Gläubiger später nicht darauf verweisen, daß der Hauptschuldner inzwischen in bessere Vermögensverhältnisse gelangt sei, und Aussicht auf erfolgreiche neue Zwangsvollstreckung bestehe. Lichten a. a. O.

Gegenüber dieser Einrede hat alsdann der Gläubiger die Voraussetzungen nachzuweisen, unter welchen die Pflicht zur Vorausklage als erfüllt anzusehen ist. Bendix, Privatr. 483.

Bei Geltendmachung der Einrede der Vorausklage hat nicht, wie Schollmeyer, Das Recht der Schuldverh. 86 unter 3a sagt, der Bürge zu beweisen, daß der Kläger die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners noch nicht versucht habe, sondern der Gläubiger muß beweisen, daß er die Exekution gegen den Hauptschuldner vergeblich versucht habe. Tränkner, SächsA. **9** 190.

§ 773. v. Blume, Jherings J. **39** 426 ff. Die im Abs. 1 erwähnte Verbürgung als Selbstschuldner ist die „bestärkende" Schuldübernahme des Gesetzes, die unter dem Titel „Schuldübernahme" nicht geregelt wird (s. o. zu § 414 Ziff. 1); sie wird mit Recht als Unterakt der Bürgschaft behandelt. — Ebenso unrichtig wie der gemeinrechtliche Satz, die Schuldübernahme ist im Zweifel Erfüllungsübernahme (s. darüber o. Note 2 zu § 415), ist der andere Theil, die wirkliche Schuldübernahme ist im Zweifel als kumulative zu behandeln. Diese Auffassung muthet dem Uebernehmer nicht, wie sie meint, am wenigsten, sondern viel zu viel zu. (Näheres 427.) Die Auslegungsregel lautet vielmehr: Im Zweifel für befreiende Schuldübernahme.

Der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Letzteres ist beispielsweise anzunehmen, wenn der Bürge die sofortige Erfüllung bei Verfallzeit verspricht. Lichten a. a. O.

§ 774. 1. Kremer, a. a. O. 207 ff. Der nach § 774 Abs. 1 erfolgende Uebergang der Hauptschuldforderung zieht nach §§ 401, 412 den Totalübergang aller Forderungen gegen die Mitbürgen mit Nothwendigkeit nach sich, die übergegangenen (solidarischen) Bürgschaftsforderungen können vom Regreßnehmer freilich nur zur Sicherung des antheilsmäßigen Regresses, also gegen jeden nur bis zur Höhe des von demselben geschuldeten antheilsmäßigen Ersatzes geltend gemacht werden (wegen der Anspruchskonkurrenz) (202 f., 205.)

Bezüglich der einem regreßnehmenden Mitbürgen obliegenden Beweislast gilt Folgendes: Solange nicht dem Richter aus dem Klagevortrag oder aus Behauptungen des Beklagten ersichtlich wird, daß mehr als 2, 3 u. s. w. Mitbürgen vorhanden sind, ist der Kläger noch immer ohne Weiteres im Rechte, sofern er vom Beklagten Ersatz der Hälfte, des Drittels u. s. w. begehrt; ebenso also auch bei Totalsäumniß des Beklagten. Der Beklagte müßte dagegen beweisen, daß er nach besonderem internen Rechtsverhältniß auf weniger oder z. B. als klägerischer Mandatar auf nichts verpflichtet sei. Will hingegen Kläger mehr verlangen, als er bei gleichheitlicher Vertheilung unter die dem Richter ersichtliche Mitschuldnerzahl vom Beklagten beanspruchen könnte, so hat er zu beweisen, daß er nach einem besonderen internen Verhältnisse zum Beklagten mehr verlangen kann oder daß von einigen Mitschuldnern nichts zu erlangen ist bezw. war (207 ff).

2. Mantey, Gruchots Beitr. **42** 553 ff. Der Bürge, welcher den Gläubiger befriedigt hat, kann seinen Rückgriff gegen den Hauptschuldner auch auf das besondere zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehende Rechtsverhältniß stützen. (Ebenso Kremer, a. a. O. 205 ff.). Macht er zwecks seines Rückgriffs die kraft Gesetzes auf ihn übergegangene Forderung des Gläubigers geltend, so verjährt die Forderung in derselben Zeit, in welcher sie beim Gläubiger verjährt wäre. A. A. Josef, Gruchots Beitr. **42** 7, 9 Anm. 13, welcher die Regreßforderung des Bürgen der ordentlichen mit der Befriedigung des Gläubigers beginnenden Verjährung unterwerfen will.

3. Kremer, a. a. O. 151 ff., 155. **Weiterregreß gegen den Schuldner.** Hat Bürge A. den Gläubiger befriedigt und hierfür dann vom Mitbürgen B. Ersatz erhalten, so kann B. seinerseits nach richtiger Ansicht vom Schuldner in genau analoger Weise Ersatz begehren, wie wenn er den Gläubiger direkt befriedigt hätte; Bürge A. ist eben durch Zahlung vollständig an des Gläubigers Stelle getreten. Dies gilt selbst, wenn der Bürge B. die Theilungseinrede gehabt, aber (gegen A.) nicht geltend gemacht hätte (153). Eine zweite denkbare Ansicht, wonach B. nur für den Antheil, zu dem er dem A. selber regreßpflichtig gewesen, subrogirt und für den Rest nur eventl. auf einen etwaigen Bereicherungsanspruch angewiesen wäre, verdient wohl keine Billigung.

4. Die Frage, inwiefern der Bürge seine Rechte gegen den Hauptschuldner im Konkurse des letzteren geltend machen kann, gehört dem materiellen Konkursrecht an und fällt in den Bereich der Konkursordnung.

Es bleibt daher künftig, wie bisher **RG. 9** 75 von Bedeutung, wonach der Bürge im Konkurse des Hauptschuldners den Anspruch auf Ersatz der künftig erst zu leistenden Zahlung nicht anmelden kann, wenn der Gläubiger sich mit seiner Forderung meldet. Lichten a. a. O.

5. Abs. 2 des § 774 in Verbindung mit Art. 14 WO.: Haben ein Indossant und sein Vormann ihre Wechselunterschriften auf den Wechsel auch nur in der Absicht gesetzt, damit für einen Dritten (den Wechselschuldner) Bürgschaft zu leisten, so kann der Indossant doch vollen Regreß gegen den Vormann nehmen. Durch die Vorschrift des bürgerl. Rechtes, daß Mitbürgen unter einander nur

nach Kopftheilen haften, wird das wechselmäßige Regreßrecht nicht berührt. **RG. 48** 152 und **JW. 01** 518.

Ueber das Verhältniß mehrerer Aussteller eines eigenen Wechsels **RG. 52** 222 ff. (s. o. Note 4b zu § 422).

§ 775. Kremer a. a. O. 117 ff.: Der Anspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner auf Befreiung aus § 775 ist nach der Idee des Gesetzgebers nicht, wie bisweilen ausgeführt wird, bedingt durch die Gefahr des Bürgen, selbst erfüllen zu müssen, denn für die Schuld ist er eingetreten, sondern er beruht und erklärt sich bis in alle Einzelheiten der Regelung aus dem Gedanken, daß der Bürge dem Schuldner gegenüber zur Zahlung der ihm materiell fremden Schuld nicht mehr unbedingt soll verpflichtet sein, wenn eine Gefährdung seines eventl. Ersatzregresses unvorhergesehen nachträglich eingetreten oder dem Bürgen erst bekannt geworden ist (117), und zessirt also, und zwar definitiv, wenn der Schuldner vor Fälligkeit der Schuld Sicherheit (für den Regreß) geleistet hatte (120).

Im Falle der Mitbürgschaft steht nur dem rechtskräftig verurtheilten Bürgen selbst, nicht dessen (indirekt nun gleichfalls durch einen Regreß bedrohten) Mitbürgen der Befreiungsanspruch zu (119).

§ 776. Die Befugniß des Unternehmers eines Bauwerkes aus § 648 bildet vor der Eintragung kein Vorzugsrecht, ihr Nichtgebrauch befreit mithin nicht den Bürgen für die Baulohnforderung. Dasselbe gilt für die Unterlassung des Vorgehens aus einem Wechsel, der zahlungshalber wegen des Baulohns dem Bauunternehmer vom Besteller gegeben war, gegen die Verpflichteten. OLG. Breslau, R. **02** 588.

Marcus, R. **02** 456 ff. führt aus, daß der Gläubiger dem Bürgen, auch dem selbstschuldnerisch verpflichteten, für jede culpa in exigendo, für Fahrlässigkeit und Verschulden hafte. Er folgert dies insbesondere aus dem § 242 und nimmt an, daß auch ohne substanzielle Gegenseitigkeitsverbindlichkeit Gläubiger und Bürge durch das Band der bona fides verknüpft seien (s. o. zu § 242 unter 3 f.). Dagegen ist Planck, Anm. 1 zu § 776 der Ansicht, daß das Gesetz dem Gläubiger dem Bürgen gegenüber durch § 776 keine allgemeine Diligenzpflicht auferlegt habe und daß sich eine solche auch aus den sonstigen Bestimmungen des Gesetzes nicht herleiten lasse.

§ 777. Zur Annahme einer Verbürgung auf bestimmte Zeit muß eine Beschränkung derselben auf eine solche Zeitdauer oder mit anderen Worten ein „dies certus ad quem für die akzessorische bürgschaftliche Obligation" gefordert werden, dagegen ist die Festsetzung eines bestimmten Verfalltags für die in Geld zu entrichtende Hauptschuld nicht als eine Beschränkung der letzteren auf eine bestimmte Dauer, sondern vielmehr als eine Verschärfung derselben in Bezug auf den Eintritt des Verzugs anzusehen, und wird dadurch die Schuld „nicht aufgehoben, sondern perpetuirt, nicht gemindert, sondern erhöht". Es kann also bei der Bürgschaft für eine zu einer bestimmten Zeit zahlbare Geldschuld von einer Beschränkung der Bürgschaft auf eine bestimmte Zeit überhaupt nicht die Rede sein. OLG. Dresden, SächsA. **12** 497 ff.

Lichten a. a. O.: Keine Bestimmung enthält das BGB. über die Frage, ob der Bürge dem Gläubiger die Bürgschaft kündigen darf, die für künftige, insbesondere aus dauernden Verhältnissen entstehende Ansprüche eingegangen worden ist, wie dies z. B. bei der Kreditbürgschaft vorkommt.

Die Umstände des Falles und der Inhalt der jeweiligen Verträge sollen entscheiden, ob der Bürge sich durch Kündigung für die Zukunft befreien kann. Es behält mithin die Entscheidung ROHG. 19 36 auch ferner Bedeutung. Es darf hiernach der Bürge nach Ablauf eines den Umständen nach angemessenen Zeitraums die Bürgschaft auch kündigen.

§ 778. 1. Eccius, Gruchots Beitr. **46** 59 ff.: Der Kreditauftrag ist nicht ein auf Verpflichtung des Beauftragten hinzielender Auftrag, weshalb der § 662 nicht in Frage kommen kann, sondern ist eine Ermächtigung, mit der Wirkung der Begründung der Haftung des Auftraggebers als Bürgen, einen Kredit in eigener Sache zu gewähren. Diese Ermächtigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die der Annahme nicht bedarf; sie ist so lange zurückziehbar, bis von ihr Gebrauch gemacht worden ist. Da hiernach nur eine Ermächtigung, bei der die Haftung erst aus dem Gebrauchmachen von der Ermächtigung erwächst, und nicht ein Vertrag, der als Vertrag verpflichtet, vorliegt, so ist die Schriftform des § 766 nicht erforderlich. Weil der Ermächtigende nach § 778 für die begründete Verbindlichkeit als Bürge haftet, findet der gesetzliche Forderungsübergang in Gemäßheit des § 774 Abs. 1 statt, wenn der Auftraggeber den zum Gläubiger gewordenen Beauftragten befriedigt.

2. Bendix, A. bürg. R. **20** 163 ff.: Der Kreditauftrag verwandelt sich weder vor noch nach seiner Ausführung in eine Bürgschaft, sondern ist und bleibt Mandat; nur die Haftung des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung resultirende Verbindlichkeit des Dritten ist die des Bürgen, nicht die ex mandato.

Das Kreditmandat wird mithin formlos wirksam abgeschlossen; eine schriftliche Erklärung des Mandatars ist entgegen dem § 766 zur Gültigkeit des Vertrags nicht erforderlich.

Der Auftrag ist aber nichtig, wenn er erst nach der Kreditgewährung ertheilt wird, da er sich alsdann auf eine unmögliche Leistung richtet.

Die Widerrufsbefugniß des Mandanten, die Kündigungsbefugniß der Beauftragten bestimmt sich nach § 671. Hieraus folgt, daß der Machtgeber berechtigt ist, den ertheilten Auftrag jederzeit dergestalt zu widerrufen, daß dadurch das Mandat sein Ende erreicht, der Beauftragte somit nicht mehr befugt ist, auf Grund des Mandats dem Dritten weiter Kredit zu gewähren. Dem Bürgen, also auch dem Kreditbürgen steht dagegen das Recht nicht zu, seine bestehende Bürgschaft dem Gläubiger ohne Weiteres aufzukündigen. Dem Beauftragten liegt es ob, bei Erledigung des Auftrags, insbesondere auch bei der Beitreibung der Forderung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden. Der Gläubiger haftet dem Mandatar für allen innerhalb des Vertragsverhältnisses durch culpa levis zugefügten Schaden, er darf dessen Risiko durch sein Verschulden nicht vergrößern. Er steht nicht nur für jeden durch seine Nachlässigkeit herbeigeführten Verlust des Anspruchs gegen den Dritten, sondern auch für jede schuldhafte thatsächliche Entwerthung dieser Obligation ein. Die gleiche Diligenzpflicht hat er zu beobachten bei der Anmeldung seiner Forderung im Konkurse des Dritten, bei den Stundungen, die er ihm gewährt, bei seiner Ausklagung und Vornahme der Zwangsvollstreckung gegen ihn.

Ist die durch den Kreditauftrag bezweckte Schuld des Dritten z. B. wegen seiner Geschäftsunfähigkeit nicht zu Stande gekommen, so kann nur die actio mandati contraria (§ 670) auf Ersatz der unnütz aufgewendeten Kosten und Auslagen, nicht ein Anspruch aus der Bürgschaft geltend gemacht werden.

3. Lichten a. a. O.: Wird der im Verkehre häufiger vorkommende Vertrag in der Absicht geschlossen, daß der Beauftragte nicht durch die Annahme des Auftrags, wie beim eigentlichen Kreditauftrage, verpflichtet ist, dem Dritten Kredit zu gewähren, sondern in sein Belieben gestellt, es zu thun, so liegt, falls die Kreditgewährung eintritt, ein eigenartiges Rechtsverhältniß vor, das nach Analogie des eigentlichen Kreditauftrags zu beurtheilen sein dürfte.

4. **RG. 50** 160 ff. und **51** 122: Die Vorschrift des § 766 BGB. über die Form des Bürgschaftsvertrags findet auf einen Kreditauftrag im Sinne des

§ 778 keine Anwendung, da der Gesetzgeber sich des Unterschieds zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag sehr wohl bewußt gewesen ist und die zwischen beiden Verträgen bestehende ähnliche volkswirthschaftliche Bedeutung nicht ausreicht, um anzunehmen, daß die für den einen Vertrag vorgeschriebene Form auch für den anderen Geltung haben müsse. Gerade daraus, daß vor der Kreditgewährung die Vorschriften über den Auftrag und nicht über die Bürgschaft Anwendung finden, folgt, daß die Formvorschrift über die Entstehung der Bürgschaft sich nicht auf die Entstehung des Kreditauftrags beziehen kann. — Auch Eccius a. a. O. 63 ist gegen die Schriftform (s. o. N. 1). — Vgl. auch o. zu § 414 Z. 4b.

Neunzehnter Titel.
Vergleich.

§ 779. 1. Literatur: Die Frage nach der Zulässigkeit eines Vergleichs über ein rechtskräftiges Urtheil beantwortet sich, wie folgt:

a) Soweit den Parteien (nur subjektive Ungewißheit wird gefordert) in Bezug auf das ihnen bekannte Urtheil etwas zweifelhaft erscheint, ist der Vergleich zulässig und rechtswirksam.

b) Hegen die Parteien keine Ungewißheit über Inhalt und Bedeutung des Urtheils, so ist ein Vergleich zwar nicht verboten, aber nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung, weil unmöglich, ausgeschlossen.

Dies Ergebniß ist praktisch wenig erheblich, denn eben nur der „Vergleich" im Sinne des § 779 wäre bei mangelnder Ungewißheit unmöglich, der Paragraph ist strikt auszulegen. Jeden anderen Vertrag über die Urtheilsfeststellung können die Parteien wirksam schließen, auch wenn sie, der Verkehrsübung folgend, diesen Vertrag selbst als „Vergleich" bezeichnen. Denn das Urtheil deklarirt nur subjektive Parteirechte und Pflichten, an deren Ausübung der Staat kein Interesse hat, falls nicht positive Normen das Gegentheil darthun. Die Parteien müssen deshalb befugt sein, das durch Urtheil deklarirte Rechtsverhältniß durch ein anderes zu ersetzen, wofern sie einig sind. Nach dieser Richtung hat dann das Urtheil trotz aller Rechtskraft keine Bedeutung mehr.

c) Der ohne Kenntniß vom Urtheil abgeschlossene Vergleich über eine rechtskräftig erledigte Sache ist unwirksam nur, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen zutreffen, was überaus selten der Fall sein wird. Die eine Voraussetzung, daß nämlich „der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntniß der Sachlage nicht entstanden sein würde", wird allerdings ganz regelmäßig gegeben sein, aber die andere, zugleich („und") geforderte, daß „der nach dem Inhalte des Vertrags als feststehend" positiv oder negativ „zu Grunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht", — diese Voraussetzung wird regelmäßig fehlen; es scheiden nach dem Wortlaute des Gesetzes aus nicht nur die Fälle, in denen unter den Parteien streitig oder ungewiß war, ob eine res iudicata vorliege, sondern auch dann ist § 779 unanwendbar, wenn die Parteien die Möglichkeit des Vorhandenseins eines rechtskräftigen Urtheils überhaupt nicht in Betracht gezogen haben; denn, woran man gar nicht gedacht hat, das kann man (auch negativ) nicht dem Vertrag „als feststehend" zu Grunde gelegt haben. Schwartz, Absolute Rechtskraft 325 ff. (17 ff.).

2. Aus der Praxis: a) Begriff des Vergleichs. Voraussetzung für den Abschluß eines Vergleichs ist nur, daß das Rechtsverhältniß streitig oder ungewiß ist, und daß der Streit oder die Ungewißheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt werden. Ein Streit liegt deswegen nicht weniger vor, weil der Richter in der Lage ist, ihn sofort zu entscheiden und den Anspruch für unbegründet zu erklären; ungewiß ist auch nur, was die Parteien nicht wissen. Hat

also selbst ein unbegründeter Anspruch dem Vergleiche zu Grunde gelegen, so ist doch der Vergleich gültig. Der Vergleich setzt nicht nothwendig die Aufgabe eines thatsächlich bestehenden Rechtes voraus, sondern es genügt, daß hinsichtlich vermeintlicher Rechte ein Nachlaß gewährt wird. Auch ein Vertrag, welcher sich nicht auf Beseitigung vorhandenen Streites oder vorhandener Ungewißheit beschränkt, bleibt als Vergleich zu betrachten. **RG.** Gruchots Beitr. **45** 363 u. JW. **01** 138.

Der Vergleich ist zwar ein materielles Rechtsgeschäft, welches nach Inhalt, Voraussetzungen und Wirkungen den Grundsätzen des bürgerlichen Gesetzes unterliegt; er ist aber zugleich auch, im Prozeß geschlossen, Prozeßhandlung. OLG. **1** 1 (KG.).

b) OLG. **1** 238 (Posen). Abgeschlossen ist der gerichtliche Vergleich erst mit der Beurkundung; für diese ist aber Unterschrift des Vorsitzenden und des Gerichtsschreibers wesentliches Erforderniß. Vor solcher Unterzeichnung des Protokolls ist daher ein Prozeßvergleich der Parteien nicht wirksam. Hiergegen wendet sich Rospatt, R. **01** 119: Der Abschluß eines gerichtlichen Vergleichs ist nicht nothwendig abhängig von der Beurkundung im Protokolle; haben die Parteien sich bereits mit der vorausgehenden mündlich erklärten vergleichsweisen Einigung definitiv binden wollen, so ist damit der Vergleich perfekt geworden.

c) Ein Vergleich über eine durch Urtheil festgestellte Forderung hebt nicht das ergangene rechtskräftige Urtheil auf, sondern gewährt nur eine im Wege der Widerspruchsklage aus § 767 CPO. zu verfolgende Einrede. **RG.** JW. **00** 752.

Prozeßvergleiche, welche Erbverzichte und einen Vorvertrag auf Errichtung eines notariellen Ehevertrags enthalten, sind gültig, ohne daß sie an die Form des § 2348 BGB. und § 167 RGFrwG. gebunden sind. OLG. **2** 213 (Hamb.). KG., DJZ. **02** 485: Ein Vergleich, durch den ein Miterbe über seinen Antheil verfügt, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form.

d) Auch der Vergleich, durch den Jemand die Verpflichtung zur Bestellung einer Hypothek übernimmt, ist formlos, da weder § 313 noch § 873 auf eine solche Verpflichtung anwendbar ist. **RG.** JW. **02** Beil. 233 u. Gruchots Beitr. **46** 901.

Ueber einen Vergleich, der einen Streit über die Klagbarkeit von Ansprüchen aus angeblich klaglosen Differenzgeschäften beseitigen soll, vgl. **RG.** **49** 152 oben Note 6 zu § 762.

Durch einen im Wege des Vergleichs erklärten entgeltlichen Verzicht auf alle Forderungen aus einem Unfalle verliert der Verletzte nicht das Recht, von dessen Urheber Schadensersatz für die zur Zeit des Abschlusses des Vergleichs nicht vorhersehbar gewesenen Folgen der Verletzung, insbesondere für Verschlimmerung seines Gesundheitszustandes und Abnahme seiner Erwerbsfähigkeit, nachzufordern. OLG. Colmar, R. **01** 143.

Zwanzigster Titel.

Schuldversprechen. Schuldanerkenntniß.

Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß unterscheiden sich wesentlich nur in der Form des Ausdrucks. Beide Verträge begründen ein neues, selbständiges, von dem früheren Schuldgrunde losgelöstes, also abstraktes Forderungsrecht, welches als eine Leistung des Schuldners in das Vermögen des Gläubigers übergeht. — Läßt der Inhalt des Schuldversprechens oder des Schuldanerkenntnisses an und für sich die Nothwendigkeit der strengeren Form noch nicht erkennen, so kann sich der Schuldner nicht auf bloßes Bestreiten der Entstehung der geltend gemachten Verbindlichkeit beschränken, sondern hat diejenigen Thatsachen, aus denen sich das Erforderniß der strengeren Form ergiebt, zu beweisen. Ackermann, Gruchots Beitr. **44** 575, 581 ff.

§ 780. 1. a) Das Wesen des abstrakten Vertrags besteht nicht sowohl in der Nichtangabe des Schuldgrundes als darin, daß nach der Absicht der Parteien die Angabe des Schuldgrundes für das Bestehen der Schuld nicht erforderlich ist. Tränkner, SächsA. 9 193. Ebenso Neumann, Gruchots Beitr. 45 506: Somit gehört zur Geltendmachung eines Anspruchs aus dem Schuldversprechen die klagebegründende Behauptung, daß die Parteien das Schuldverhältniß als abstraktes vereinbart haben. Es kann somit das Gericht nicht schon, wozu das reichsgerichtliche Urtheil vom 24. April 1901, RG. 48 136 (vgl. oben Note 1 zu § 516) verleiten könnte, ein Schuldversprechen im Sinne des § 780 annehmen, wenn und weil ein Rechtsgrund nicht ersichtlich ist, sondern es ist, geeigneten Falles unter Ausübung des richterlichen Fragerechts festzustellen, ob abstraktes Schuldversprechen behauptet werde oder wie der Verpflichtungsgrund für das Schuldverhältniß sonst substanziirt werden soll. Ergiebt sich weder die Vereinbarung eines abstrakten Schuldverhältnisses noch eine genügende Begründung des Verpflichtungsgrundes, so ist der Anspruch unbegründet.

b) Klingmüller, Begr. d. Rechtsgrundes 78: In dem absichtlichen Weglassen des Kausalverhältnisses bei der Schriftform liegt die stilistische Form dieses abstrakten Geschäfts, dessen endgültiger Abschluß so gemäß des Willens der Parteien nach außen offenbar wird. In Folge dessen ist in der Regel von dem Gläubiger nicht noch der Beweis des abstrakten Verpflichtungswillens des Schuldners zu erfordern; Ausnahmefälle, in denen besondere Umstände gegen das Vorliegen einer abstrakten Obligation sprechen, sind möglich.

c) OLG. 4 50 (Bamberg): Ein abstraktes Schuldversprechen, d. h. eine formell selbständige, vom konkreten Schuldgrunde unabhängige neue Verpflichtung zu einer künftigen Leistung liegt nur dann vor, wenn die Absicht der Parteien wirklich auf einen selbständigen Verpflichtungsakt ging. Eine gesetzliche Vermuthung für diese Absicht besteht nicht; Kläger muß sie beweisen. Ebenso Ackermann, a. a. O. 577.

d) Putzler, JW. 01 388 anknüpfend an das Erkenntniß des RG. vom 24. April 1901 (s. oben sub a): Die Begründung eines abstrakten Schuldversprechens kann nur dort in Frage kommen, wo durch die Erklärung der Vertragschließenden ein selbständiges Vermögensrecht geschaffen werden soll, und zwar selbständig nicht nur in dem Sinne, daß es unabhängig von einem Verpflichtungsgrunde besteht, sondern auch selbständig in der Weise, daß es nicht Theil eines anderen Schuldverhältnisses bildet, welches eine causa enthält. Dagegen meint Neumann, Gruchots Beitr. 45 510 ff., entscheidend sei nicht, ob die Vereinbarung sich an ein anderweitiges Schuldverhältniß anschließt, sondern nur, welche Stellung die Parteien zu dem Rechtsgrunde der zu begründenden Verbindlichkeit einnehmen, auch könne es keinesfalls als ausgeschlossen angesehen werden, daß die Parteien nach ihrer Wahl auch in Ansehung anderweit bestehender Schuldverhältnisse kausale oder abstrakte Verbindlichkeiten begründen.

2. Collatz, Iherings J. 40 129 ff.: Ein in dem Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß angegebener Verpflichtungsgrund braucht nicht der Verpflichtungsgrund des Versprechens oder Anerkenntnisses zu sein (d. h. derjenige, um dessentwillen das Versprechen oder Anerkenntniß ertheilt wurde).

Dem Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß kann nur eine relative, d. h. in Gemeinschaft mit anderen Thatsachen wirksame Beweiskraft innewohnen, und auch diese kann lediglich dann in Thätigkeit treten, wenn der Gläubiger anstatt auf das Versprechen oder Anerkenntniß auf das ihm zu Grunde liegende Schuldverhältniß sich stützt, oder (zum Gegenbeweise), wenn der Schuldner den Mangel eines rechtlichen Grundes für die Ertheilung des Versprechens oder Anerkenntnisses geltend macht. Collatz a. a. O. 132 ff.

3. a. Oertmann, Allg.österrGZ. **97** 251 f. nimmt — unbeschadet besonderer gesetzlicher Ausnahmen, z. B. § 762 Abs. 2 — gegen Lotmar, Unmoralischer Vertrag 62 f., 171 an, daß Mängel der causa das abstrakte Geschäft nicht ungültig, sondern nur kondizirbar machen. Vgl. auch Oertmann, DJZ. **02** 105 ff. gegen Dernburg II, 1. 199 (s. oben N. 1 u. 2 zu § 138).

b. Welche Wirkung hat die Ausstellung eines schriftlichen Schuldversprechens über eine der kurzen Verjährung unterliegende Schuld auf die Verjährung? Josef, Gruchots Beitr. **42** 13.

§ 781. Mängel der alten causa haften dem Schuldanerkenntniß insoweit an, als die alte causa in das neue Versprechen hineingezogen werde und sich aus dem Anerkennungsakte die Beziehung auf die alte individuell bezeichnete causa erkennen lasse. Oertmann, Allg. österr. GZ. **97** 252.

Sowohl das absolut abstrakte Anerkenntniß, bei welchem das zu Grunde liegende (Kausal-) Geschäft überhaupt nicht und in keiner Weise genannt wird, als auch das relativ abstrakte Anerkenntniß, bei welchem der Schuldner aus einem nur allgemein bezeichneten Kausalgeschäfte (Kauf, Darlehen) zu schulden bekennt, fallen unter § 781, sind in schriftlicher Form eine genügende Grundlage für eine Forderung und damit für eine Hypothek. OLG. **3** 359 (KG.) u. KGJ. **22** A 308.

Ueber die Streitfrage, ob auch das Anerkenntniß einer verjährten Forderung schriftlich sein muß s. oben Note 3 zu § 222.

§ 782. Zur Klagebegründung gehören zwei Behauptungen: einmal, daß vom Beklagten ein (mündliches) abstraktes Schuldversprechen abgegeben, ferner, daß es auf Grund einer Abrechnung ertheilt worden ist, nicht aber brauchen die ganzen zur Abrechnung oder zum Vergleiche gezogenen Verhältnisse dargelegt zu werden. Ackermann a. a. O. 583.

Ebenso Klingmüller a. a. O. 79 ff., 66 ff. Die Bestimmung des § 782 befreit nicht von Formvorschriften, die anderweitig wegen des Gegenstandes der versprochenen Leistung oder aus sonstigen Rücksichten gegeben sind. Ackermann, ebenda 584.

Einundzwanzigster Titel.

Anweisung.

§ 784. Die Annahme der Anweisung ist ein abstraktes Geschäft wie jedes andere. Das Verhältniß zwischen Angewiesenen und Anweisungsempfänger findet nicht seine Ergänzung, seine causa in dem Auftragsverhältnisse zwischen Anweisenden und Angewiesenen, sondern der Anweisungsempfänger erhält ein von letzterem Verhältniß unabhängiges selbständiges Recht, lediglich durch die konstitutive und formelle Kraft des Anweisungsakzepts. Klingmüller, Begr. d. Rechtsgr., 71 ff., 80.

LG. I Berlin, R. **02** 588: Die Annahme einer mündlichen Anweisung erzeugt auch unter Kaufleuten eine selbständige Verpflichtung im Sinne des 21. Titels nur, wenn nach den Umständen des Falles die Annahmeerklärung ein nach § 350 HGB. formfreies Schuldversprechen oder Anerkenntniß darstellt. Vgl. Planck II 533 über die Wirkung mündlicher Anweisungen.

§ 788. RG. JW. **02** Beil. 166: In der zahlungshalber erfolgten Uebergabe und Empfangnahme einer Anweisung wird in der Regel der Wille der Parteien zum Ausdruck kommen, daß der Anweisungsempfänger seine Befriedigung zunächst beim Angewiesenen suchen, und erst, wenn dieser Zahlung verweigert, sich wieder wegen der ursprünglichen Schuld an den Anweisenden zu halten befugt sein solle.

Zweiundzwanzigster Titel.
Schuldverschreibung auf den Inhaber.

Vor § 793. 1. Jacobi, Die Werthpapiere: Die Gesetze brauchen das Wort „Werthpapiere" nicht überall in demselben Sinne. Zum Theil meinen sie nur vertretbare Papiere (11), zum Theil nur Handelspapiere, d. h. die skripturmäßigen und die massenhaft ausgegebenen Papiere (8 ff.), zum Theil nur Papiere, für deren Verwerthung nur der Verkaufswerth maßgebend ist; das sind regelmäßig solche Papiere, bei denen der Berechtigte das verbriefte Recht voll erst in unbestimmter oder weit hinausgeschobener Zeit auszubeuten vermag (12 ff.), zum Theil nur frei übertragbare Papiere (15 ff.). In anderen Fällen spielen diese Unterschiede für den Begriff der Werthpapiere keine Rolle (17 ff.). Immer versteht aber das Gesetz unter Werthpapieren Rechtsträger, d. h. Urkunden, deren Innehabung zur Ausübung des verbrieften Rechtes nothwendig ist, mag die Urkunde eine konstitutive sein oder nicht, mag sie auf den Inhaber, an Order oder schlicht auf den Namen lauten (20 ff.), mag sie ein öffentliches oder ein privates Recht verbriefen; nur sind die Geldsurrogate (Scheidemünzen, Reichskassenscheine, Banknoten) regelmäßig, wenn die Werthpapiere nach dem Gesetz im Gegensatze zum Gelde treten, nicht als Werthpapiere, sondern als Geld zu betrachten (20 ff.).

2. Der Rechtsgrund für den Satz: daß der Besitz des Werthpapiers zur Rechtsausübung nothwendig ist, ist darin zu suchen, daß im Interesse des Verpflichteten oder auch des Berechtigten der Papierbesitz das grundsätzlich nothwendige Mittel ist, den Besitzer zu legitimiren, sei es allein (Inhaberpapiere), sei es in Verbindung mit anderen Thatsachen (Order-, Rektapapiere), sei es als Berechtigten schlechthin (Inhaber-, technische Orderpapiere), sei es als Nachberechtigten (Rekta-, einfache Orderpapiere, 28 ff.).

§ 793. 1. Berechtigt aus dem Inhaberpapier ist der Eigenthümer, legitimirt als Eigenthümer und Berechtigter ist der Inhaber des Papiers. Der Inhaber gilt als der Berechtigte oder dessen Vertreter. Dessen Gegner hat also kumulativ zu behaupten und zu beweisen, daß der Inhaber weder Gläubiger noch an Gläubigers statt ist. Jacobi 31 ff., 103 ff.

Der Einwand, daß das Recht des Inhabers ein anfechtbares, wenn auch noch nicht angefochtenes sei, ist erheblich. (A. M. Planck 549 Anm. 3b.) Der Schuldner darf während der Dauer der Anfechtungsfrist die Leistung verweigern. (Entsprechendes gilt von den technisch indossabeln Papieren.) Jacobi 62 ff.

Der Schuldner aus Inhaberpapieren wird durch eine Leistung an den Papierinhaber nicht frei, wenn er dessen Nichtrecht kennt und die Leistung an ihn aus Böswilligkeit oder bloßer Bequemlichkeit bewirkt. Jacobi 64 ff. Dies gegen Planck 550.

2. Ueber das Recht der Inhaberschuldverschreibungen: Ritter, Allgemeine Lehren 141 ff.

Einfluß des Schuldgrundes (181). Ort der Leistung: Die Verpflichtung ist immer Holschuld (181). Zeit der Leistung: Der Aussteller geräth nur durch qualifizirte Mahnung, nicht durch Zeitablauf in Verzug (181). § 284 Abs. 2 BGB. und § 353 HGB. sind unanwendbar (182.) Der Aussteller kann bei Zahlung nicht nur Aushändigung des Papiers, sondern auch Quittung verlangen (182).

Begriff der Inhaberschuldverschreibung (149). Scharf zu trennen ist: das Forderungsrecht aus der Inhaberschuldverschreibung und Recht zur Ausübung dieses Forderungsrechts (150) Das Forderungsrecht setzt voraus: Ausstellung und Eigenthum eines Anderen an der Urkunde, u. A. auch staatliche Genehmi-

gung. Das Ausübungsrecht setzt voraus: Bestehen eines Forderungsrechts, Inhaberschaft und Verfügungsberechtigung (157).

Die Ausstellung ist ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, demgemäß nach allgemeinen Grundsätzen nichtig, bzw. anfechtbar (151). Nur die Ausgabe, nicht die Ausstellung, bedarf staatlicher Genehmigung. (A. M. Cosack, Lehrbuch (1900) II 335.) Allgemeine Genehmigung ist unzulässig. Eine vor dem Inkrafttreten des BGB. ertheilte allgemeine Ermächtigung ist wirkungslos (154). Die Genehmigung braucht nicht zu Gunsten oder auf Antrag einer bestimmten Person ertheilt zu sein (154). Maßgebend für die Zuständigkeit zur Genehmigung ist der Zeitpunkt der Ausgabe, nicht der der Ausstellung (155). A. M. Cosack II 335. Die Genehmigung ist unwiderruflich. Der Aussteller bedarf zu erneuter Ausgabe der in seine Hand zurückgekehrten Inhaberschuldverschreibungen keiner erneuten Genehmigung (155), auch nicht im Falle der Rückverwandlung eines umgeschriebenen Papiers (169), oder des Umtausches eines beschädigten Papiers (171), oder der Ausstellung an Stelle eines für kraftlos erklärten Papiers (175).

Der Aussteller ist dem Verfügungsberechtigten gegenüber nicht verpflichtet, die Verfügungsberechtigung des Inhabers zu prüfen; auch nicht verpflichtet, den ihm bekannten Mangel der Verfügungsberechtigung auf Seiten des Inhabers zu beachten (157).

3. Steuer, Rechtl. Natur des Theaterbillets 46 ff. nimmt eine Pflicht des Ausstellers, die Leistung gegenüber dem Nichtberechtigten zu verweigern, an, im Falle der Kollusion des Ausstellers mit dem Präsentanten und beim Vorliegen des § 226 BGB.

4. OLG. 5 146 ff. (Celle). Die Koupons der Rentenverschreibungen der Preußischen Rentenversicherungsanstalt zu Berlin sind keine Inhaberpapiere, weil ihnen ein wesentliches Merkmal, nämlich die Unbestimmtheit der Person des Gläubigers fehlt, indem der Versicherte der von vornherein bestimmte Gläubiger der Anstalt bleibt und der Inhaber des Koupons nur der Empfangsberechtigte für die einzelne Rente ist.

Zu §§ 793—806. 1. Preußische Staatsschuldverschreibungen der konsolidirten Anleihen (Konsols) und Reichsschuldverschreibungen sind Schuldverschreibungen auf den Inhaber, ebenso die dazu gehörigen Zinsscheine.

2. Die vor dem 1. 1. 1900 ausgestellten Schuldverschreibungen stimmen in rechtlicher Beziehung, abgesehen von unwesentlichen Abweichungen, mit den nach jenem Zeitpunkt ausgestellten überein, bzw. ist die Uebereinstimmung durch die Gesetzgebung herbeigeführt worden, Art. 174 des EG. z. BGB., § 3 des Preuß. Kleinbahnges. v. 25. 5. 1900 (GS. 129) und § 21 der Reichsschuldenordnung v. 19. 3 1900 (RGBl. 129).

3. Eine Buchung der eingelösten Zinsscheine nach den Nummern findet nicht statt. Daraus folgt

a) der Ausschluß des aus § 804 Abs. 1 BGB. sich ergebenden Anspruchs: Art. 17 § 2 des Preuß. AG. z. BGB. und § 16 Abs. 2 der Reichsschuldenordnung;

b) die Unmöglichkeit, ein Zeugniß nach § 1011 Abs. 2 der CPO. auszustellen.

4. Umschreibung der Schuldverschreibungen auf den Namen (§ 806 BGB.) findet nicht statt.

5. Die durch die Reichsgesetzgebung herbeigeführten Aenderungen der Schuldbuchgesetze für Preußen und das Reich sind von unwesentlicher Bedeutung, Artt. 97 u. 50 des EG. z. BGB., § 188 des Reichsges. v. 17. 5. 1898 über die frw. Gerichtsb. (RGBl. 807) u. Art. 16 des Preuß. AG. z. BGB. Mücke, VerwA. **10** 347 ff.

§ 794. Dieser Paragraph beruht nicht auf der sogenannten Kreationstheorie, sondern auf dem gleichen Gedanken wie §§ 796, 935. Der dritte redliche Erwerber der Inhaberschuldverschreibung soll vor dem Einwande geschützt werden, daß das Papier wider den Willen des Ausstellers in Verkehr gekommen sei. Als Dritte sind die anzusehen, die vom Nichteigenthümer einer gültig ausgestellten Inhaberschuldverschreibung Eigenthum in Folge ihrer Gutgläubigkeit erwerben. Der Aussteller haftet, weil er durch die Ausstellung eine Handlung begangen hat, die in ihren Folgen bei dem Dritten den Glauben erwecken dürfte, der Aussteller sei eine vertragsmäßige Obligation eingegangen. Er haftet daher dem Dritten nach den Grundsätzen der Haftung aus Verträgen, also aus einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. Der bewußten Ausstellung steht das bewußte Inverkehrbringen des bewußtlos ausgestellten Papiers, dem bewußten Handeln in beiden Fällen das fahrlässige Handeln gleich. Das Gleiche gilt von sämmtlichen Inhaberpapieren und den technisch indossabelen Papieren mit Ausnahme des Bodmereibriefs. Jacobi 166—199.

§ 794 findet auch auf Papiere Anwendung, die dem Aussteller, nachdem er sie zurückerworben, abhanden gekommen sind. Jacobi 232.

Einwendungen aus der Person des Vordermanns kann der Aussteller auch dann nicht geltend machen, wenn der Inhaber sie bei Inhandnahme des Papiers gekannt, auch dann nicht, wenn der Inhaber sie zwar gekannt, das Papier aber nur zu dem Zwecke inne hat, das Forderungsrecht für Rechnung des von der Einwendung betroffenen Vordermanns auszuüben. Ritter 159.

Ueber Inhaberschuldverschreibungen im Besitze des Ausstellers, insbesondere solche, welche neben dem Forderungsrecht ein akzessorisches dingliches Recht verbriefen (Hypothekenpfandbriefe), Immerwahr, Holdheims Mschr. **00** 269.

§ 795. 1. Abs. 1. Zinsscheine auf den Inhaber. Die Ausgabe von Zinsscheinen und Erneuerungsscheinen „auf Inhaber" bedarf keiner staatlichen Genehmigung. Apt, Holdheims Mschr. **00** 253; vgl. auch Dove und Apt in der Korrespondenz der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin **00** 198.

A. A. Rudorff, R. **00** 445: Zinsscheine „auf den Inhaber" bedürfen dann der staatlichen Genehmigung, wenn sie als Schuldverschreibungen auf den Inhaber im Sinne des § 793 BGB. anzusehen sind, d. h. Urkunden, in welchen der Aussteller dem Inhaber eine Leistung verspricht. Sind diese Zinsscheine aber nicht als Schuldverschreibungen anzusehen, fehlt ihnen z. B. die Unterschrift, so bedürfen sie nicht der staatlichen Genehmigung. Aehnlich Keyßner, Goldschmidts Z. **00** 657, der staatliche Genehmigung dann erfordert, sofern der Zinsschein sich als Inhaber-Geldschuldverschreibung gestaltet.

Zinsscheine auf den Inhaber, die für Inhaber- oder technisch indossable Papiere ausgegeben sind, sind nicht nur Legitimationszeichen, sondern selbständige Inhaberpapiere, wenn sie auch Bezugsmittel der in der Stammobligation versprochenen Zinsen sind. Jacobi 278 ff.

Goldfeld gegen Rudorff, R. **00** 537, der annimmt, daß allerdings Zinsscheine, die nicht das Erforderniß des § 126 BGB. erfüllen, nicht als Schuldverschreibungen im Sinne des § 793 BGB. anzusehen sind. Sie seien ungültig, da sie keine Urkunde im Sinne des § 126 BGB. sind. Rechte aus den Zinsscheinen auf den Inhaber können nur geltend gemacht werden, wenn sie Schuldverschreibungen auf den Inhaber sind. Diese bedürfen in jedem Falle der staatlichen Genehmigung. (Derselben Ansicht ist Ritter, Allgemeine Lehren des Handelsrechts 153 ff. und DJZ. **01** 159.)

Gegen Rudorff auch Liebmann, DJZ. **01** 524 ff.; vgl. auch Düringer, BadRechtspr. **00** 153.

Staub, Bankarchiv 2 17, führt aus, daß es zu den Erfordernissen einer Schuldverschreibung auf den Inhaber gehört, daß der Rechtsgrund der Verbindlichkeit dasjenige Versprechen ist, welches der Schein enthält. Dieses Erforderniß erfüllen die Zins= und Gewinnantheilscheine meistens nicht; sie sind in der Regel Annexe einer Hauptobligation, derart, daß der Anspruch auf die Zins= oder Gewinnleistung davon abhängig ist, ob aus der Hauptobligation sich das Zins= oder Gewinnrecht ergiebt: nach Maßgabe der Hauptobligation wird die Zinsleistung geschuldet. Solche Zinsscheine auf den Inhaber sind keine Inhaberschuldverschreibungen und bedürfen nicht der staatlichen Genehmigung. Es sind jedoch Inhaberzinsscheine, die echte Inhaberpapiere sind, denkbar; bei ihnen müßte aber die absolute Loslösung des Rechtsbestandes der Nebenobligation von dem Rechtsbestande der Hauptobligation deutlich angeordnet sein.

Speziell auf die Zinsscheine der Orderpapiere beziehen sich die eingehenden Erörterungen von Simon, Holdheims Mschr. **02** 213 ff., der ähnlich wie Apt und auch Staub ausführt, daß die Zinsscheine zu Orderschuldverschreibungen keine selbständigen Schuldverschreibungen, sondern ein Akzessorium der Haupturkunde sind: insbesondere sind sie keine Inhaber=Schuldverschreibungen. Sie sind aber auch keine Urkunden im Sinne der §§ 807, 808 BGB., sondern eine Zwischenbildung zwischen derartigen Urkunden, auf welche die §§ 796, 797, 804 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung finden, daß der Aussteller dem Inhaber der Zinsscheine 2c. auch solche Einwendungen entgegensetzen kann, welche die Gültigkeit des Hauptpapiers betreffen oder sich aus dem Hauptpapier ergeben, oder dem Aussteller unmittelbar gegen den berechtigten Inhaber des Hauptpapiers zustehen.

2. Abs. 2. Staatliche Genehmigung. Hat der Aussteller von Schuldverschreibungen auf den Inhaber in verschiedenen Bundesstaaten einen Wohnsitz oder eine gewerbliche Niederlassung, so ist die Centralbehörde eines jeden der in Betracht kommenden Bundesstaaten für die Genehmigung zuständig. Henle, R. **00** 361.

3. Abs. 3. Im Falle genehmigungsloser Ausgabe ist der gesammte positive Schaden, wie der entgangene Gewinn zu ersetzen, aber nur soweit, als er „durch die Ausgabe verursacht ist", also nur das negative Interesse, dieses jedoch ohne Rücksicht darauf, wie der Inhaber gestellt sein würde, wenn die staatliche Genehmigung ertheilt worden wäre (Ritter 161). Der Schadensersatzanspruch mindert sich gemäß § 254 BGB., wenn der Anspruchsberechtigte bei Erwerb der Urkunde den Mangel der staatlichen Genehmigung gekannt hat oder hätte kennen müssen (Ritter 162).

Ausgabe ist Voraussetzung für die Pflicht zum Schadensersatze (Jacobi 259 f.). Unerheblich ist der Einwand des Ausgebers, der Inhaber habe selbst gewußt, daß das Papier ohne die erforderliche Genehmigung ausgegeben sei (Jacobi 261).

Die Höhe des Schadensersatzes kann geringer sein als der Nennbetrag des Papiers (Jacobi 262).

§ 795 Abs. 3 findet auf rechtswidrig ausgegebene Banknoten und Inhaberpapiere mit Prämien analoge Anwendung (Jacobi 262).

§ 796. Die Bestimmung beruht (wie §§ 794, 935) darauf, daß der gutgläubige Erwerber eines skripturmäßigen Papiers gegen unbekannte Einwendungen geschützt sein soll, wenn sein guter Glaube durch ein gültig ausgestelltes Papier eine Stütze hat. Daher sind Einwendungen aus der Person des Rechtsvorgängers dann „unmittelbar" gegen den Inhaber gegeben, wenn der Inhaber beim Erwerbe nicht gutgläubig war. Gutgläubig ist nicht, wer den Einwand aus der Person des Rechtsvorgängers kannte oder ohne grobes Verschulden kennen mußte.

Der frühere Gläubiger ist Rechtsvorgänger des jetzigen, die Mängel in seinem Rechte heben dieses nicht auf, sondern hemmen es nur, ähnlich wie Einreden, bis zur Vernichtung des Papiers. Durch Papierübertragung an einen gutgläubigen Erwerber wird das Hemmniß beseitigt, bei Uebertragung an einen schlechtgläubigen bleibt es erhalten. Jacobi 205 ff. vgl. auch Ramdohr, Gruchots Beitr. **44** 687 ff.

§ 798. Subjekt, Objekt und Inhalt des Anspruchs auf Umtausch beschädigter Inhaberpapiere. Wirkungen des Umtausches. Ritter 170 ff.

§ 799. Diese Vorschrift gilt für alle Werthpapiere. Jacobi 112.

Amortisation ist bei jedem Verlust und jeder Vernichtung des Papiers zulässig, auch der absichtlichen. Jacobi 115 ff.

Kraftloserklärung abhanden gekommener oder vernichteter Papiere. Ritter 172 ff. Verfahren. Ritter 173. Der Aussteller kann (nicht muß) dem durch Ausschlußurtheil Legitimirten gegenüber einwenden, daß dieser als Inhaber der für kraftlos erklärten Urkunde nicht verfügungsberechtigt sein würde, z. B. daß er der Dieb sei oder das Ausschlußurtheil erschlichen habe. Ritter 174.

§ 800. Ersatzmittel für Werthpapiere, insbesonder. die Kraftloserklärung, stehen mit der Natur der Werthpapiere als grundsätzlich nothwendiger Legitimationsmittel nicht im Widerspruche. Jacobi 110 ff.

Durch das Amortisationsurtheil wird der Antragsteller nur in die Lage versetzt, als ob er das Werthpapier — bei indossirten Papieren das indossirte Papier — besäße. Jacobi 118 ff.

§ 801. Beginn und Dauer der Frist kann beliebig geändert, die Frist kann auch ganz beseitigt werden. Jacobi 269.

Ausschluß und Verjährung. Ritter 178 ff. Die Ausschlußfrist beginnt mit dem Eintritte der für die Leistung bestimmten Zeit, ist eine Leistungszeit nicht bestimmt, sofort. Ritter 179.

§ 804. Der Schuldner wird auch durch Zahlung der Zinsen an den frei, den er nach den von diesem dargelegten Thatsachen für den Verlierer des Zinsscheins halten mußte und von dem ihm der Verlust angezeigt war, auch wenn die Anzeige unrichtig war. Ohne den Verlustnachweis geräth der Schuldner nicht in Verzug, ist auch nicht kostenpflichtig, wenn er im Prozesse vor dem Verlustnachweis um Klagabweisung bittet. Jacobi 287 ff.

Die Anzeige des Verlustes eines Zins=, Renten= oder Gewinnantheilscheins gewährt allein das Recht auf die Leistung noch nicht. Es bedarf vielmehr außerdem der Glaubhaftmachung des bisherigen Gewahrsams und des Verlustes bzw. der Vernichtung des Papiers — dies jedoch erst bei der Geltendmachung, nicht schon bei der Anzeige. Ritter 186.

§ 805. Der auf den Inhaber lautende Erneuerungsschein ist kein Inhaberpapier. Der Papierbesitzer hat aber die Legitimation als Berechtigter, jedoch eine schwächere als der des Stammpapiers (Jacobi 290).

§ 806. Außerkurssetzung, Vinkulirung und Umschreibung (Ritter 163 ff.). Voraussetzung und Wirkung der Außerkurssetzung richten sich nach dem Rechte des Ortes, dessen Recht den beurkundeten Anspruch beherrscht, an dem also der Schuldner zu leisten hat (165). Daß der Aussteller selbst in der Urkunde die Außerkurssetzung freistellt, ist ohne Bedeutung. Begriff und Wirkungen der Umschreibung (166).

Durch die Umschreibung des Inhaberpapiers auf den Namen des Berechtigten bleibt das alte Recht bestehen und wird nur statt wie früher durch das Inhaberpapier jetzt durch das Rektapapier verbrieft. Jacobi 138—139.

§ 807. 1. Karten und Marken. Inhabermarken können auch über bestimmte Geldsummen lauten (Ritter 196), Eisenbahnfahrkarten sind Inhaber=

nicht Legitimationskarten. Der Erneuerungsschein ist ein Legitimationspapier. Ritter 198.

Die Karten und Marken des täglichen Verkehrs haben eine verschiedene Bedeutung. Werthzeichen, d. h. Zeichen, deren Innehabung zur Rechtsausübung nöthig ist, sind sie im Zweifel dann, wenn die Legitimation des Berechtigten durch den Besitz der Marke zur Durchführung der Kontrolle nothwendig ist, daher regelmäßig Marken über fungibele Leistungen.

Namenmarken sind entweder nur Beweismittel, oder sie bezeichnen den Benannten, damit der Gegner die Leistung an den Inhaber zu Lasten des Benannten vollführen kann, oder sie wollen mit der Namennennung nur die Unübertragbarkeit ausdrücken, während der Schuldner durch Leistung an den Inhaber frei wird, und die Identität des Inhabers mit dem Benannten nicht oder nur mit bestimmten Beweismitteln prüfen darf.

Bei allen auf den Inhaber lautenden Marken wird der Schuldner durch Leistung an den Berechtigten frei. Einige geben auch zu Gunsten des Berechtigten die Legitimation. Aber auch diese sind dann nur Marken mit der Natur der Inhaberpapiere, wenn sie Werthzeichen sind und außerdem in der Absicht ausgegeben werden, für den Verkehr zu dienen. Jacobi 363 ff.

2. Talons. Der Inhaber des Talons ist als solcher befugt, den Anspruch auf Aushändigung der neuen Zinsscheine gegenüber dem Aussteller geltend zu machen. Der Aussteller kann sich von dieser Verpflichtung nur durch den Nachweis befreien, daß der Präsentant des Talons zur Verfügung über den Talon nicht berechtigt ist, d. h. nicht selbst Stückinhaber ist und auch nicht mit Einwilligung des Stückinhabers handelt. An jeden Inhaber des Talons, auch den nicht zur Verfügung berechtigten, kann der Aussteller die neuen Zinsscheine mit der Wirkung aushändigen, daß seine Verpflichtung damit erlischt. Als Folge von Satz 1 gilt der Satz: Sowohl die Verpflichtung wie auch die Berechtigung des Ausstellers, an den Taloninhaber zu leisten, hört auf, wenn der Stückinhaber der Aushändigung der Scheine an den Taloninhaber widerspricht, da dadurch die Nichtberechtigung des Taloninhabers zur Verfügung über den Talon festgestellt wird. Zur Geltendmachung des Bezugsrechts ist auch der Stückinhaber befugt. Er braucht dazu nicht den Talon, sondern nur das Stück vorzulegen. Durch Uebergabe des Talons von Seiten des Stückinhabers an eine andere Person erfolgt nicht die Uebertragung des Bezugsrechts, sondern nur eine widerrufliche Einwilligung in die Ausübung des Bezugsrechts. Das Eigenthum am Talon ist vom Eigenthum am Stücke und der Anspruch auf die neue Zinsscheinreihe von dem Hauptanspruch untrennbar. Denecke, Erneuerungsschein, Iherings J. **41** 353 ff.

3. Theaterbillet. Das moderne Theaterbillet, d. h. die regelmäßige Erscheinungsform desselben (Tagesbillet), das nicht den Namen des Erwerbers enthält und nicht erst beim Betreten des Zuschauerraums, sondern schon vorher — „an der Kasse" — gelöst wird, und das nach der Lösung gegen Vorzeigung den Einlaß in das Theater ermöglichen soll, ist ein Inhaberpapier. Dies allein entspricht dem Interesse und der Absicht des Ausstellers und des Nehmers des Billets, dem Wesen und Zwecke der Einrichtung und der Auffassung des Verkehrs. Steuer, Rechtliche Natur des Theaterbillets 24, 27 ff. Die auf Namen lautenden Abonnements- und Freibillets sind dagegen Legitimationszeichen im Gareis'schen Sinne (Busch's A. **34** 97 ff.); sobald die Uebertragung derselben aber ausnahmsweise in Folge ausdrücklicher oder stillschweigender (Uebung) Erklärung des Ausstellers zuläſſig ist, so erhalten diese Billets den Charakter von qualifizirten Legitimationspapieren. Steuer a. a. O. 7, 35 ff.

Der im Billet verbriefte Theaterbesuchsanspruch ist nur als Ganzes übertragbar, Theilzession mithin unzulässig (Steuer 51 f.); es ist eine Frage des

Wesens dieses Anspruchs, daß das Billet in dem Momente seine Inhaberpapierqualität verliert, in welchem die Entgegennahme der Leistung durch den Inhaber auf Grund des Billets begonnen hat; es stellt sich dasselbe nunmehr lediglich als Beweisurkunde dar (Steuer 57), im Gegensatze zu dem koupirten Eisenbahnfahrschein, der nach wie vor bis zur Beendigung der Reise Werthpapier — qualifizirtes Legitimationspapier — bleibt (58 f.). Die Inhaberpapiernatur des Theaterbillets schließt nicht aus, daß bestimmte Personen — mißliebige Kritiker! — vom Vorstellungsbesuch ausgeschlossen werden trotz Innehabung eines Billets nach erfolgter Ablehnung des Abschlusses eines Besuchsvertrags seitens des Unternehmens, solange es an einem gesetzlichen Kontrahirungszwange für Theaterunternehmungen mangelt. Steuer 60 f.

§ 808. Das Sparkassenbuch ist kein Inhaberpapier, sondern ein qualifizirtes Legitimationspapier im Sinne des § 808 BGB. Es unterscheidet sich von dem Inhaberpapier in Folgendem:

I. Beim Inhaberpapiere bestimmt sich das Gläubigerrecht nach sachenrechtlichen Grundsätzen, beim Sparkassenbuche nach Vorschriften des Obligationenrechts.

II. Der Inhaber eines Inhaberpapiers legitimirt sich als solcher ohne weiteres als Gläubiger; bestreitet ihm der Aussteller das Recht, so trifft diesen die Beweislast. Dagegen ist der Inhaber eines Sparkassenbuchs durch die Thatsache des Besitzes allein nicht legitimirt, er hat kein Recht auf Zahlung. Wird ihm das Gläubigerrecht bestritten, so hat er es zu beweisen.

III. Die Einwendungen gegen den Inhaber eines Inhaberpapiers sind im § 796 vorgeschrieben, während diejenigen, welche sich gegen die Forderung aus einem Sparkassenbuche richten, sich nach allgemeinen Grundsätzen bestimmen. Strohal, R. 01 158 ff.

Die Papiere aus § 808 sind Rektapapiere, die insofern privilegirt sind, als der Schuldner die Legitimation des Papierpräsentanten nicht zu prüfen braucht, sofern dieser nur nach allgemeinen Grundsätzen zur Annahme solcher Leistungen befugt ist. Jacobi 236 f., 243.

Dreiundzwanzigster Titel.

Vorlegung von Sachen.

§ 809. Dierschke, Die Vorlegung von Sachen zur Besichtigung, 8. Bd. Heft 3 der Fischer'schen Abhandlungen, betont, daß das Gesetz von einem „Anspruche" spricht, daher auf Grund von Rechten, welche keine Ansprüche im Sinne des BGB. sind, z. B. auf Grund eines Wiederkaufsrechts oder eines Urheberrechts Besichtigung nicht verlangt werden kann (43 und 78 Anm. 3 im Gegensatze zu Dernburg, BGB. II 2 95 Anm. 6).

Das Vorliegen der Voraussetzungen für die Vorlegung muß bewiesen werden, Glaubhaftmachung genügt nicht (61, im Gegensatze zu Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse § 809).

Derjenige, welcher Vorlegung einer Sache begehrt, hat zu beweisen:

a) entweder die Existenz eines Anspruchs in Ansehung der Sache gegen ihren Besitzer und ein Besichtigungsinteresse aus diesem Grunde — der Käufer z. B., welcher Besichtigung des noch beim Verkäufer befindlichen Kaufobjekts begehrt, hat den Kauf und sein Interesse an der Vorlegung etwa dadurch, daß für ihn Gelegenheit zur Weiterveräußerung existirt, nachzuweisen, wobei der Hinweis sowohl auf eine ihm gemachte Offerte als auch auf eine Submission zur Begründung des Interesses genügt (65), —

b) oder, daß die Voraussetzungen für die Existenz eines Anspruchs in Ansehung der Sache gegen ihren Besitzer vorliegen, bis auf eine, deren Vorliegen durch die Besichtigung sich ergeben soll, daß also durch die Vorlegung Gewißheit über seine Existenz oder Nichtexistenz geschaffen werden soll (67 f.).

§ 810. 1. Diese Bestimmung betrifft nur das Verhältniß zu anderen Privatrechtssubjekten, nicht auch das im § 34 FGG. geregelte zu der Gerichtsbehörde. Schultzenstein, Buschs Z. **28** 229.

2. Die Vorschrift des § 810 enthält eine erschöpfende Aufzählung der Fälle, in denen eine Gewährung der Einsicht in die im fremden Besitze befindlichen Urkunden zu gestatten ist; keineswegs gewährt sie das Recht, Einsicht in Urkunden zu verlangen, die nicht im Interesse des Antragstellers errichtet sind, die vielmehr sich auf Vertragsverhältnisse des Besitzers der Urkunde mit Dritten beziehen, mit denen der Antragsteller in keiner Rechtsbeziehung steht, mag auch die Kenntniß des Inhalts der Urkunden für den Antragsteller objektiv von Werth sein. OLG. **4** 52 (Posen).

3. Einzelne Fälle. Das zwischen dem sog. Commis interessé und dem Geschäftsherrn bestehende Rechtsverhältniß ist, soweit es die Betheiligung am Geschäftsgewinne betrifft, nach den Grundsätzen von der Gesellschaft zu beurtheilen. Nach den insoweit bestehenden Gesellschaftspflichten und mit Rücksicht auf Treu und Glauben ist der Geschäftsherr dem tantiemenberechtigten Angestellten gegenüber verpflichtet, ihm nicht nur eine Bilanz vorzulegen, sondern ihm auch die Einsicht in die Geschäftsbücher und Geschäftspapiere zu gewähren, soweit dies zur Prüfung der Bilanz erforderlich ist. Dieses Recht ist selbst dann nicht verwirkt, wenn der Angestellte ein Konkurrenzgeschäft gegründet oder sonstwie vertragswidrig gehandelt hat, sofern ihm nur der Anspruch auf Tantieme verblieben ist. Die Möglichkeit, daß der Angestellte die Kenntniß aus den Geschäftspapieren zu unlauteren Zwecken benutzen könnte, kann gleichfalls die Verpflichtung des Geschäftsherrn nicht beeinflussen. OLG. Dresden SächsA. **11** 745. — Vgl. OLG. **2** 94 (KG.), auch Seuff. A. **56** 282.

Die Vorlegung eines Kassabuchs, welches ausschließlich zu dem eigenen Gebrauche der Partei bestimmt ist, kann nach § 810 nicht verlangt werden. OLG. Braunschweig, Braunsch. Z. **49** 127.

Eine Ehefrau kann zum Zwecke der Vervollständigung des über das Vermögen der Errungenschaftsgemeinschaft aufgenommenen Inventars die Vorlegung der von ihrem geschiedenen Ehemann geführten Geschäftsbücher verlangen. Als Gemeinschaftstheilhaberin besitzt sie ein rechtliches Interesse an der Einsicht dieser Bücher, die über den gemeinschaftlichen Erwerb seitens des Ehemanns, überhaupt über dessen Vermögen eine Uebersicht gewähren. Die Bücher haben, obwohl sie bei nicht bestehender ehelicher Gütergemeinschaft gleichfalls geführt worden wären, als im Interesse der Ehefrau geführt zu gelten. **RG. 50** 337.

Da nach § 2038 BGB. der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Miterben ist und ihrer gemeinschaftlichen Verwaltung untersteht, so hat jeder Miterbe das Recht, sich über den Umfang des Nachlasses zu unterrichten, und kann daher verlangen, daß ihm die im Besitz eines Miterben befindlichen, über Forderungen des Nachlasses Aufschluß enthaltenden Schuldurkunden vorgelegt werden. OLG. **2** 134 (Bamb.).

§ 811. Abs. 1. Ein wichtiger Grund kann in den subjektiven Verhältnissen eines der Betheiligten und in den objektiven Umständen gefunden werden, liegt aber insbesondere dann vor, wenn die Vorlegung im Prozesse verlangt wird und wenn bei Besichtigung der Sache an dem Orte, wo sie sich

zur Zeit befindet, die Preisgabe eines Gewerbegeheimnisses zu befürchten ist. Dierschke a. a. O. 81 ff. und 86 ff.

Abs. 2. Von dem Rechte, Kostenvorschuß und Sicherheitsleistung zu verlangen, kann nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn überhaupt voraussichtlich Kosten entstehen können oder ein Schaden zu befürchten ist. OLG. 2 134 (Bamberg).

Vierundzwanzigster Titel.

Ungerechtfertigte Bereicherung.

§ 812. 1. Die Bereicherungsklagen machen einen Vermögenserwerb rückgängig, der sich in Folge eines objektiven Rechtsgrundes vollzogen hat, aber des subjektiven rechtlichen Grundes entbehrt. Klingmüller, Begr. d. Rechtsgr. 117 (vgl. oben Note 3 zu § 241).

Diese Vermögensverschiebung, die des rechtlichen Grundes ermangelt, kann eingetreten sein:

I. unabhängig vom Willen des Kondiktionsgläubigers auf rein thatsächlichem Wege. §§ 812 [„in sonstiger Weise"], 816, 821, 951, 977,

II. mit dem Willen des Kondiktionsgläubigers, durch eine Leistung. Hier sind wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolges drei Möglichkeiten gegeben:

a) Zweck der Leistung ist Schuldtilgung (solvendi causa), der Eintritt des gewollten Erfolges ist rechtlich unmöglich. — Thatbestand der condictio indebiti. §§ 812, 813, 814, 820, 821.

b) Zweck der Leistung ist Herbeiführung des Erfolges nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts (credendi causa); der Eintritt des gewollten Erfolges ist zwar rechtlich möglich, erfolgt aber thatsächlich nicht. — Thatbestand der condictio ob causam datorum. §§ 812, 815, 817, 820, 821.

c) Zweck der Leistung ist eingetreten, aber nachträglich wieder weggefallen. Rechtslage wie unter b. — Thatbestand der condictio ob causam finitam. §§ 812, 818, 819, 820, 821.

Klingmüller a. a. O. 101 f., 108 f., 113.

2. Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes 26, 142 f., 144: Es sind nach dem BGB. zwei Hauptgruppen von Bereicherungsthatbeständen zu unterscheiden. Die eine umfaßt die Klagen auf Rückforderung einer Leistung, die andere die Klagen auf Rückforderung von Werthen, welche auf andere Weise in ein fremdes Vermögen übergegangen sind. Die nothwendige Abgrenzung der Bereicherungsklagen gegen unbestimmte, unklare Billigkeitsansprüche liegt bei der ersten Gruppe darin, daß ein bezweckter rechtlicher Leistungserfolg ausgeblieben, bei der zweiten darin, daß ein identifizirbarer Werth aus dem Vermögen des Benachtheiligten in dasjenige des Bereicherten übergegangen sein muß.

3. Hartmann, A.bürgR. 21 224 ff.: Das frühere, auf römischer Grundlage ausgebildete Bereicherungsrecht stand wegen seiner kasuistischen Gestaltung in tiefem Gegensatze zum modernen Rechtsleben, welches seiner Natur nach ein ganz allgemeines, von den überkommenen Fesseln befreites Bereicherungsrecht fordert. Für die Frage, ob durch das BGB. ein solches, innerlich klares, einheitliches Bereicherungsrecht entstanden ist, kommt es auf wenige Vorschriften im Titel „Ungerechtfertigte Bereicherung" an, in denen wenigstens der Versuch hervortritt, zu allgemeinen, die mannigfaltigen Fälle aller Bereicherungsklagen umfassenden Rechtsgedanken zu gelangen. Der Gesetzgeber hat einen zwar unklar gefaßten, aber offenbar ganz allgemeinen Satz ausdrücklich als oberstes Prinzip an die Spitze

gestellt, den Anfangssatz von § 812. Da das oberste Prinzip das Gemeinsame aller anerkannten Bereicherungsklagen aussprechen muß und das Gemeinsame bei allen in einem Unterschiede zwischen rechtlichem Erlangthaben und rechtlichem Behaltendürfen besteht, ergiebt sich als Sinn dieses Satzes:

„Wer durch die Leistung eines Anderen u. s. f. auf dessen Kosten etwas erlangt hat, ohne nach der übrigen Rechtsordnung berechtigt zu sein, das Erlangte zu behalten, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet."

Unter der übrigen Rechtsordnung ist hier die gesammte Rechtsordnung mit Ausnahme dieses Satzes zu verstehen, u. A. das öffentliche Recht. Alle weiteren Vorschriften dieses Titels stellen für verschiedene Fälle den Sinn der übrigen Rechtsordnung näher fest. § 812 Satz 2 bis § 815 sind Vorschriften des Allgemeinen Theiles, welche hauptsächlich für das Vertragsrecht Bedeutung haben. Jetzt ist für jeden konkreten Rechtsfall eine Prüfung der gesammten übrigen Rechtsordnung auf die Frage des Behaltendürfens vorgeschrieben, während früher gleichsam eine Vermuthung dafür galt, daß rechtlich Erlangtes behalten werden dürfe. Hierdurch ist eine allseitige Vertiefung und Verfeinerung des Rechtes eingetreten und der Bereicherungsanspruch zu einem lebendigen, nach den verschiedensten Richtungen in den Rechtsverkehr eingreifenden Prinzipe geworden, ohne einer scharfen, seine praktische Brauchbarkeit bedingenden Begrenzung zu entbehren.

Die Entwickelung zum modernen Rechte hat bei dieser Materie darin bestanden, daß ein früheres Sonderinstitut, dessen Ausbildung im Widerspruche zur Natur der Sache stand, von der übrigen Rechtsordnung beinahe vollständig aufgesogen ist. Die causa hat sich zum wahren Sinne aller Rechtsnormen in ihrem Zusammenwirken auf den Einzelfall verflüchtigt. Die Fragen, wann etwas auf Kosten eines Anderen erlangt und ob eine erlangte Bereicherung noch vorhanden ist, sind thatsächlicher Natur.

4. Hellwig, Verträge 134 ff.: Die Bereicherung kann erlangt werden auf Grund der Leistung ohne rechtfertigenden Grund, wobei stets ein Rechtsgeschäft des Berechtigten mit dem Verpflichteten (oder Vertreter) vorausgesetzt wird. Wenn „in sonstiger Weise" die Bereicherung ohne rechtlichen Grund erlangt sein soll, so setzt dies stets noch eine andere gesetzliche Bestimmung voraus, welche es bestimmt. Darunter fallen die verschiedenartigsten Situationen, welche nur bezüglich des Inhalts, nicht bezüglich des Grundes der Haftung etwas Gemeinsames haben.

Rieß, Der Anspruch des Berechtigten aus Rechtshandlungen eines Unberechtigten 38: Durch die Worte, „auf Kosten eines Anderen etwas erlangen" wird klargestellt, daß ein direkter Uebergang von Gegenständen aus dem Vermögen des Konditionsberechtigten in das des Verpflichteten nicht erforderlich ist, um den Thatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung zu begründen. Die Klage aus § 812 erfordert zu ihrer Substantiirung nicht die Behauptung, daß der Gegenstand der Klage schon in dem Vermögen des Benachtheiligten vorhanden gewesen ist. Es genügt, daß die „Bereicherung" des im Sinne von § 812 Verpflichteten in ursächlichem Zusammenhange auf die Benutzung oder Verwerthung von Vermögensstücken des Benachtheiligten zurückzuführen ist, oder, noch weiter gefaßt, daß die Thatsache eines Rechtserwerbes des A nachtheilige Wirkungen für das Vermögen des B hervorruft.

5. Begriff der „Herausgabe" und „Rückforderung" bei Vermögensverschiebung durch Begründung einer Forderung oder Lösung eines Schuldverhältnisses, Collatz, Iherings J. **40** 140.

Der rechtliche Grund einer Vermögenszuwendung, d. h. einer durch eine Leistung hervorgerufenen Vermögensverschiebung, ist ein zu dieser Leistung verpflichtendes Schuldverhältniß, und die Vermögensverschiebung ist eine ungerecht-

fertigte, sobald ein Schuldverhältniß, kraft dessen der Reichergewordene von dem Aermergewordenen die Leistung zu fordern berechtigt war, entweder niemals bestanden hat oder doch später weggefallen ist. Collatz, Ungerechtf. Vermögensverschieb. 20. Alle Vermögensverschiebungen, die nicht Zuwendungen sind, sind ungerechtfertigt, 35.

Ausschluß eines Anspruchs auf Ausgleichung trotz Mangels eines rechtfertigenden Grundes für die Vermögensverschiebung. Collatz a. a. O. 39.

6. Nach Mantey, R. **01** 513 ff. finden die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung auch Anwendung bei unbestellt zur Ansicht versandten Waaren. (Vgl. auch o. zu § 145 Ziff. 3). Dadurch, daß der Empfänger die erhoffte Annahmeerklärung auf das Kaufanerbieten, welches in der Zusendung der unbestellten Waare zu erblicken ist, nicht abgiebt, geschieht es, daß der mit der Leistung des Absenders nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. Somit ist der Thatbestand des § 812 Abs. 1 Satz 2 erfüllt.

7. Abs. 2. Das Nichtbestehen der anerkannten Schuld giebt dem Anerkennenden einen Anspruch auf Befreiung von der aus dem Anerkenntniß entstandenen abstrakten Verpflichtung. Aus dem Mangel des Rechtsgrundes zur Eingehung dieser Verbindlichkeit entsteht ein Anspruch auf Wiederaufhebung. Der Gläubiger hat einen dahingehenden Vertrag mit dem Schuldner zu schließen. Eine einseitige Anfechtung wie beim Irrthume (§ 119) ist weder genügend, noch erforderlich. Der Aufhebungsanspruch ist der ordentlichen Verjährung unterworfen.

Keiner Klage auf Wiederaufhebung bedarf es, wenn die Unwirksamkeit des ursprünglichen Schuldverhältnisses auf einem gesetzlichen Verbot oder einem Verstoße gegen die guten Sitten beruht, ebenso wenn es wegen Mangels der Form nichtig war. Dies folgt aus den §§ 762 Abs. 2, 343, 518 Abs. 2 BGB. Zwischen den §§ 138 und 817 BGB. besteht kein Widerspruch. Düringer-Hachenburg, Kommentar II 312 ff., 316 ff.

8. Marcus, R. **02** 543 ff.: Soll ein Handlungsgehülfe oder Reisender, der auf die zu verdienenden Provisionen Vorschüsse erhalten hat, bei Beendigung des Dienstverhältnisses auf Herauszahlung der zuviel empfangenen, durch die Provisionsansprüche nicht absorbirten Beträge belangt werden, so kann Kläger im Sinne des § 812 auf Herauszahlung nur so klagen, daß er durch eine zur Klagebegründung nothwendige Abrechnung, gegen die Beklagter sich event. zu vertheidigen hätte, seinen Anspruch rechtfertigt. Eine voraussetzungslose Rückforderungsklage auf Grund von rechtsgeschäftlich begründeten, unter beiderseits anerkannten Zwecken erfolgten Zahlungen, die nicht ihrem Rechtsgrunde nach, sondern nur im Hinblick auf bestimmte Geschäftsergebnisse rückgängig gemacht werden sollen, ist mit der Lehre des BGB. über die ungerechtfertigte Bereicherung unvereinbar (gegen Dernburg II, 2 599).

9. Ueber die Möglichkeit der Anwendung der Grundsätze über die ungerechtfertigte Bereicherung auf Fälle des Patentwesens, insbesondere in solchen Fällen, in denen Jemand in das Patentrecht des Patentträgers unverschuldet eingreift, siehe Bolze, A.civPr. **92** 331 ff.

§§ 812 ff. kommen zur Anwendung, wenn Jemand auf Grund eines nichtigen Vertrags Gesindedienste geleistet hat. Nußbaum, Preuß. Gesindeordn. Anm. 4 zu § 1.

Ueber die Haftung des Erklärenden aus einer unwirksamen Erklärung im Falle seiner Bereicherung oder einer ihm zur Last fallenden culpa in contrahendo s. Monich, Willenserkl. 122, 144 f., 161 f.

§ 812 Abs. 2 findet auch Anwendung auf das abstrakte Schuldversprechen des § 780, auf das Anweisungsakzept, den Wechsel, Inhaberpapiere u. s. w. Hellwig, Anspr. 14 Note 24.

10. Aus der Praxis.

Zur Begründung eines Anspruchs wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 gehört, wenn es sich um die Rückforderung einer Leistung des Klägers handelt, die Angabe, zu welchem Zwecke, in welchem Sinne diese gemacht worden sei, und inwiefern es dem gegenüber an einem rechtlichen Grunde für diesen Erwerb des Beklagten fehle. Das bloße Hingeben eines nicht geschuldeten Betrags kann für sich allein nicht als Begründung einer Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung dienen. **RG. 49** 49 und **JW. 01** 648.

Dem Bereicherungsanspruche des BGB. steht nicht entgegen, daß der Berechtigte das, was der Bereicherte auf seine Kosten ohne rechtlichen Grund erlangt hat, durch Inanspruchnahme eines Dritten wiedererlangen kann. Wer als Indossant einen unrichtig protestirten Wechsel irrthümlich einlöst, kann die Einlösungssumme mit der Bereicherungsklage zurückverlangen und hat den Einwand nicht zu fürchten, daß er die Wechselsumme sich von dem ohne Protest haftenden zahlungsfähigen Akzeptanten beschaffen könne. **RG. 48** 139 und **JW. 01** 363, Gruchots Beitr. **45** 1060.

Ist eine Leistung aus dem Vermögen Jemandes erst an eine Zwischenperson und von dieser aus in das Vermögen eines Dritten gelangt, ohne daß zwischen dem Geschädigten und dem Bereicherten das Rechtsgeschäft abgeschlossen war und ohne daß die Zwischenperson als Stellvertreter des Bereicherten handelte, so kann der Geschädigte von dem Dritten eine Bereicherung nicht herausverlangen, da dieser sie nicht *auf seine Kosten* erlangt hat. **OLG. 2** 505 (Karlsruhe), s. o. zu 4.

Bereichert ist auch, „wer in sonstiger Weise", also auch ohne daß das Objekt der Bereicherung schon Vermögensbestandtheil des Berechtigten gewesen ist, *auf Kosten eines Anderen* etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat, auch wer einen vertragsmäßigen Anspruch erwirbt, muß das Erworbene, soweit hierin eine Bereicherung liegt und daher des rechtfertigenden Grundes entbehrt, dem Geschädigten herausgeben. **OLG. 2** 74 (KG.)

§ 812, der der gemeinrechtlichen condictio ob rem entspricht, verlangt, daß der mit der Leistung *nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts* bezweckte Erfolg nicht eingetreten sei, wenn der Bereicherungsanspruch gegeben sein soll. Der Zweck muß objektiv als Bestandtheil des Rechtsgeschäfts erscheinen, beide Parteien müssen über die Voraussetzung im *Windscheid'schen* Sinne ausdrücklich oder stillschweigend übereinstimmen. **OLG. 2** 383 ff. (Bamberg).

Wird von dem befriedigten Hypothekengläubiger mittels der Bereicherungsklage die Herausgabe eines Betrags verlangt, den er ohne Rechtsgrund erhalten haben soll, so hat der Kläger den Beweis zu führen, daß der Beklagte bereichert sei, weil der Hypothek ein persönliches Schuldverhältniß überhaupt nicht zu Grunde gelegen habe. **RG. 49** 300 ff.

Ein Dritter, dem der Käufer die Sachen unentgeltlich überlassen hat, ist nicht auf Kosten des Verkäufers bereichert, wenn der Käufer insolvent wird, denn das Aequivalent für seine Leistung hat der Verkäufer in der Forderung auf den Kaufpreis. **OLG. 4** 53 (Celle).

Wer für eine nach § 66 BörsenGes. unwirksame Schuld einen an eigene Order gestellten Wechsel akzeptirt hat, ist berechtigt, die Herausgabe des Wechsels vom Remittenten zu verlangen. Hat der Akzeptant in Folge Begebung des Wechsels seitens des Remittenten an den Wechselinhaber Zahlung leisten müssen, so ist ihm der Remittent zur Herausgabe der empfangenen Valuta (und auch der vom Akzeptanten gegenüber dem Wechselinhaber aufgewendeten Prozeßkosten) verpflichtet. **RG. 51** 357 und **JW. 02** Beil. 245.

Bei einem gegenseitigen Vertrage kann derjenige, welcher erfüllt hat, grundsätzlich eine Leistung nicht wegen Mangels eines Rechtsgrundes zurückfordern, weil der andere Theil nicht erfüllt. OLG. Dresden, R. **02** 236 in Uebereinstimmung mit Planck II 583 Anm. f.

OLG. Dresden R. **02** 235: Ist eine Hypothek unter der Voraussetzung abgetreten worden, daß eine andere Hypothek gelöscht werde, so kann bei Nichtlöschung dieser Hypothek die abgetretene erst dann zurückgefordert werden, wenn feststeht, daß die bei der Abtretung vorausgesetzte künftige Löschung überhaupt nicht eintritt.

RG. R. **02** 235: Wurde eine Hypothek zum Zwecke der Deckung der Unterschlagungen eines Dritten unter der Bedingung bestellt, daß Strafanzeige nicht erfolge, so kann auf deren Löschung dann geklagt werden, wenn der Gläubiger dennoch Strafanzeige erstattet. Vgl. auch o. zu § 138 Note 3 S. 87.

RG. JW. **02** Beil. 255: Giebt Jemand vor dem Vormundschaftsgericht eine Entlastungserklärung ab in der irrigen Annahme, zu der Abgabe verpflichtet zu sein, so stellt die in dem Verzicht auf den Schadensersatzanspruch liegende Leistung eine ungerechtfertigte Bereicherung des Beamten dar, der zum Schadensersatz verpflichtet ist.

Abs. 2. OLG. Karlsruhe R. **02** 588: Das gerichtliche Anerkenntniß ist zwar nur ein einseitiger Akt; es ist kein Vertrag, allein es hat kraft Gesetzes wegen seiner Unwiderruflichkeit für den Anerkennenden die gleiche Bindung zur Folge wie ein Vertrag. Beim Irrthum im Motive kann auf Grund des § 812 Abs. 2 das gerichtliche Anerkenntniß beseitigt werden. Das Entscheidende bei dieser Gesetzesbestimmung ist der unwiderrufliche Erwerb für den Empfänger, und dieser tritt beim gerichtlichen Anerkenntnisse geradeso ein wie beim Vertrage.

§ 813. Nach Hellwig, Anspr. 20 findet § 813 Anwendung auf den Schuldner-Gläubiger, der in Unkenntniß seines Kompensationsrechts zahlt, anstatt zu kompensiren.

Da diese Norm von dem „Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit" spricht, setzt sie bei jeder Erfüllungshandlung den auf die Tilgung der Verbindlichkeit gerichteten Willen des Handelnden voraus. Daher ist die solutio nach Manigk, Anw. d. R. 40 ff. ein Rechtsgeschäft. Vgl. oben Note 1 zu § 362.

Die solutio indebiti ist ein unwirksames Rechtsgeschäft, weil der gewollte Zweck, nämlich die Tilgung einer Obligation, mangels Bestehens der letzteren nicht erreicht wird. Manigk a. a. O. 50 f.

§ 814. 1. Die Bestimmung des § 814 ist auch auf Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß (§ 812 Abs. 2) anwendbar. Auch die sittliche Pflicht, die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht vermögen trotz Unkenntniß des Schuldners vom Nichtbestehen der anerkannten Schuld eine klagbare abstrakte Verbindlichkeit zu schaffen. Nur Schuldverhältnisse, die in Folge gesetzlichen Verbots nichtig oder unklagbar sind, können nicht wirksam anerkannt werden. So bleibt das Versprechen, eine Spielschuld zu tilgen, stets klaglos (§ 762 Abs. 2). Dagegen wird die Zusage eines Kaufmanns, eine durch Zwangsvergleich erloschene Schuld abzutragen, als klagbares Versprechen anzusehen sein. Eine solche Zahlung ist kaufmännische Anstandspflicht. Düringer-Hachenburg, Kommentar II 317, 318.

2. OLG. Dresden, SächsA. **12** 751: Die von dem Gemeinschuldner vor Abschluß des Zwangsvergleichs einem Gläubiger erklärte Zusicherung, er wolle ihm die Ausfallsquote nachzahlen, ist nach § 181 KO. nichtig. Was deshalb in Ausführung der Zusicherung von dem Schuldner gewährt worden, kann nach § 812 zurückgefordert werden. Davon, daß die Leistung einer sittlichen oder Anstandspflicht entsprochen hätte (§ 814), kann bei der Erfüllung eines Abkommens,

dem der Gesetzgeber aus sozialpolitischen Gründen die Gültigkeit versagt hat, nicht die Rede sein.

Ist ein Grundstück durch nur mündlichen Vertrag verkauft worden und zahlt der Käufer den Kaufpreis trotz Kenntniß von der Ungültigkeit des Vertrags im Vertrauen darauf, daß der Vertrag verabredungsgemäß erst notariell abgeschlossen werden würde, so kann seinem Bereicherungsanspruch auf Rückgabe des Gezahlten nicht entgegengehalten werden, er habe gewußt, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war. OLG. 3 209 (Kiel). Ebenso KG., Seuff. A. **57** 219 (hinsichtlich einer Anzahlung).

Das für eine Spielschuld zahlungshalber hingegebene Wechselakzept kann auch dann zurückgefordert werden, wenn es in Kenntniß des Umstandes, daß ein Schuldverhältniß nicht besteht, aus Rücksicht auf den kaufmännischen Anstand gegeben wurde, weil die Hingabe nicht als eine Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit im Sinne des § 814 erscheint. OLG. **4** 235 (Hamburg), s. o. Note 5 zu § 762.

§ 816. 1. Nach Hellwig, Anspr. 104 gilt § 816 auch dann, wenn der Verfügende schadensersatzpflichtig wird, sei es gemäß §§ 989, 990, sei es ex delicto, sei es, weil er gegen eine Vertragspflicht oder sonstige Verpflichtung (als Vormund) verstieß. Diese Ansprüche bestehen nicht kumulativ, sondern wahlweise (s. oben Note 1 zu § 262). Bis zur Erlangung des Schadensersatzes kann sich der Berechtigte noch für den Bereicherungsanspruch entscheiden. Erklärt er sich unbedingt für letzteren, so erlischt der Deliktsanspruch völlig.

2. Freund, Eingriff in fremde Rechte 37 ff.: Der Berechtigte, der Verfügungen eines Nichtberechtigten mit rückwirkender Kraft genehmigt, hat gegen den Verfügenden den Anspruch aus § 816. Dagegen Rieß a. a. O. 22 ff. unter Bezugnahme auf den Wortlaut des Gesetzes. „Trifft ein Nichtberechtigter eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist." Das Präsenz in dem Relativsatze nöthigt unzweifelhaft zu dem Schlusse, daß hier nur solche Verfügungen in Frage kommen können, die im Augenblick ihrer Vornahme selbst schon rechtliche Wirksamkeit gegenüber dem Berechtigten besitzen, nicht solche, denen erst diese rechtliche Wirksamkeit von einem späteren Momente an verliehen wird. Wird die Verfügung eines Nichtberechtigten nach § 185 Abs. 1 Satz 1 genehmigt, so ist sie im Augenblicke des Verfügungsakts noch gegenüber dem Berechtigten unwirksam, es fehlt gerade die Voraussetzung des § 816: Die unitas temporis zwischen Verfügungsvornahme und Verfügungswirksamkeit. Die mit Einwilligung des Berechtigten aber vorgenommenen Verfügungen kann man nicht als Verfügungen „Nichtberechtigter" bezeichnen. Die strenge Unterscheidung des § 185 zwischen wirksam sein und wirksam werden bedingt auch die strikte Interpretation des § 816 nach derselben Richtung hin.

Bei Versteigerung von Sachen, welche nicht dem Schuldner bez. der Konkursmasse gehören, giebt § 816 keinen Anspruch gegen die Gläubiger, da die Zwangsveräußerungen rechtlich den Verfügungen des Schuldners gleichstehen. Hier hilft § 812. Freund 27 ff.

Verschweigt der Eigenthümer bei Veräußerung der Sache ein daran bestehendes Recht, so daß es untergeht: § 816.

Freund 24. Wird auf diese Weise ein Pfandrecht zum Untergange gebracht, muß Pfandgläubiger auf Hinterlegung oder Zahlung an ihn und Eigenthümer gemeinschaftlich klagen.

3. Wolff, R. **00** 391. Hat der Auflassende das auf seinem Grundbuchblatte stehende Grundstück, welches aber thatsächlich einem Dritten gehört, an den Auflassungsempfänger aufgelassen, welcher wiederum nicht das Grundstück x, sondern das Grundstück y erwerben wollte, der aber x erworben hat, weil er die Auflassung nicht nach § 119 BGB. angefochten hat, so hat der Auflassende dem

Dritten den Kaufpreis herauszuzahlen. Der Erwerber hat aber dem Dritten das Grundstück x nur dann herauszugeben, wenn die Auflassung unentgeltlich erfolgt, und hat ihm den verhältnißmäßigen Theil des Werthes zu bezahlen, wenn die Entgeltlichkeit eine theilweise war.

4. Rieß a. a. O. 13: § 816 bezieht sich seinem Wortlaute nach nur auf rechtsgeschäftliche Verfügungen. Aus der sozialen Tendenz wie aus dem Zwecke des § 816 folgt aber, daß dem „Berechtigten" der Anspruch aus § 816 nicht nur bei dem Nachweis einer rechtsgeschäftlichen Verfügung, sondern auch dann zuzubilligen ist, wenn Rechtsakte, die im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter sich vollzogen haben, dem Berechtigten gegenüber rechtliche Wirksamkeit erlangt haben.

A übereignet als Bucheigenthümer dem B ein in Wirklichkeit dem C gehöriges Grundstück, dessen Werth durch Sachverständige auf 10 000 M. festgestellt wird, für 2000 M. In diesem Falle kann der Berechtigte, C, von dem Empfänger des Grundstücks, B, Rückauflassung nach § 816 Satz 2 fordern. Rieß, a. a. O. 78 ff.

5. In denjenigen Fällen, in denen der durch besondere Umstände gerechtfertigte gute Glaube des Erwerbers das mangelnde Recht des Verfügenden ersetzt und letzterem somit eine äußere Befugniß zugestanden wird, bleibt gleichwohl die Verfügung an sich eine unrechtmäßige. Ebbecke, Grundsätze 14.

6. Aus der Praxis: Pfändet und versteigert ein Gläubiger einem Dritten gehörige Sachen, so werden diese zwar gemäß CPO. § 804, BGB. §§ 1244, 932 Eigenthum des Erwerbers, die Veräußerung bleibt aber nichtsdestoweniger rechtlich unbegründet. Die Einnahme des Pfändungserlöses durch den Gläubiger geschieht daher dem Eigenthümer gegenüber „ohne rechtlichen Grund". Der Gläubiger hat unberechtigt eine Verfügung über die fremde Sache getroffen, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist. Also trifft § 816 BGB. zu. OLG. **2** 353 f. (Stuttg.).

Wenn der Beklagte ein Grundstück gekauft hat ohne Uebernahme einer darauf eingetragenen Vormerkung und die Verkäuferin ihm eine Löschungsbewilligung der Erben des im Grundbuch eingetragenen Gläubigers der durch die Vormerkung gesicherten Forderung verschafft, auf Grund deren der Beklagte die Vormerkung hat löschen lassen, so ist der Beklagte nicht ungerechtfertigt bereichert, wenn auch die durch Vormerkung geschützte Forderung zur Zeit der Löschungsbewilligung an den Kläger ohne Wissen des Beklagten zedirt war. Dem Kläger steht daher kein Anspruch aus § 816 gegen den Beklagten auf Bezahlung oder Wiedereinräumung der Vormerkung zu. OLG. Breslau, R. **02** 44.

§ 817. 1. Satz 1. Eine gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten eingegangene Verbindlichkeit ist kondizirbar, nicht aber nichtig. Collatz, Iherings J. **40** 141 ff. Ebenso Oertmann, DJZ. **02** 105 ff. (siehe oben Note 2a zu § 138 u. 3a zu § 780).

2. Satz 2. a) Neubecker, DJZ. **02** 569 ff. — s. auch zu § 138 Note 2a — interpretirt den Satz 2 des § 817 dahin: Nicht die Doppelseitigkeit ist der Grund des Ausschlusses der Kondiktion, vielmehr liegt der Grund dafür, daß der unsittliche Geber seine Leistung nicht zurückfordern darf, in ihm selbst, auf eigene Unsittlichkeit darf sich Niemand berufen. Für den Fall, daß der Empfänger gleichfalls in solcher Lage sich befindet, ist die Betonung des Ausschlusses des Rückforderungsrechts wohl angebracht, da man an eine Kompensation der beiderseitigen Unsittlichkeit denken und demgemäß geneigt sein könnte, eine gesetzlich neutralisirte condictio sine causa zu gewähren. Das „gleichfalls" im Satze 2 des § 817 ist nicht logisch, sondern nur grammatisch, satzverbindend zu nehmen. Daher kann der Wucherer seine Leistungen nicht zurückfordern, weil nicht nur das wucherische Geschäft, sondern auch die auf Grund dieses Geschäfts erfolgende Leistung gegen

die guten Sitten verstößt. Nicht kann man mit Neumann § 817 Note 1 (gegen Cohn, Gruchots Beitr. **41** 793) sagen: Die wucherischen Vortheile sind Gegenstand einer neben dem Darlehensvertrage stehenden selbständigen Abrede, sind „mit Bezug auf ein Darlehen" ausbedungen und gewährt, denn damit würde die Einheit des Geschäfts zerrissen.

b) Kollenscher, DJZ. **00** 274: Diätenzahlungen an Mitglieder des Reichstags können nach BGB. in keinem Falle kondizirt werden. Geschahen sie von Seiten öffentlicher Kassen, so steht der Kondiktion § 817 Satz 2 im Wege, da sowohl der Leistende wie der Empfänger gegen das gesetzliche Verbot des Art. 33 RV. gehandelt haben. Bei Zahlung aus Privatmitteln ist ebenso zu entscheiden, wenn man annimmt, daß Art. 32 RV. sich auf alle Zuwendungen bezieht, im anderen Falle ist die Rückzahlung schon nach § 814 ausgeschlossen.

3. Aus der Praxis.

OLG. **5** 107 (Marienwerder): Ein zum Zwecke des Spieles gegebenes Darlehen kann nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung nicht zurückverlangt werden, wenn die Hingabe des Darlehens nach der besonderen Lage des betreffenden Falles wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist. Denn wenn dieser Verstoß gerade in der Zweckbestimmung des Geldes, der Fortsetzung des Spieles, gefunden wird, so folgt daraus auch unmittelbar, daß der Empfänger durch die Annahme des Geldes gegen die guten Sitten verstoßen hat, zugleich aber, daß auch dem Leistenden dieser Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt (s. o. zu § 138).

Nicht zurückgefordert werden kann die für ein zum Bordellbetriebe zu benutzendes Grundstück im Voraus gezahlte Miethe, wenn der Miethvertrag nicht zu Stande kommt. OLG. **2** 219 (Hamburg).

Die Vorschrift des § 817, daß dasjenige, was zu unsittlichem Zwecke gegeben worden ist, nicht zurückgefordert werden kann, ist zwingend und vom Inkrafttreten des BGB. an wirksam. OLG. Kolmar, DJZ. **02** 560.

§ 818. 1. Abs. 1. Die Verpflichtung erstreckt sich nicht auf das durch Rechtsgeschäft an Stelle des Gegenstandes Erworbene. Wer also einen ohne rechtlichen Grund erlangten Gegenstand vortheilhaft verkauft, behält den erzielten Kaufpreis, soweit er den Werth des Gegenstandes übersteigt. Windmüller, Die Bedeutung des Satzes pretium succedit in locum rei. 104 f.

2. OLG. Marienwerder, Seuff. A. **57** 395 ff. Der Schuldner haftet für die Auslagen bei einer unberechtigter Weise gegen ihn betriebenen Zwangsverwaltung aus ungerechtfertigter Bereicherung nur in Höhe desjenigen Betrags, den ihm selbst die Bewirthschaftung des Grundstücks während der Zeit ohne die Zwangsverwaltung thatsächlich gekostet haben würde. Der Kläger seinerseits hat zu behaupten und unter Beweis zu stellen, was Beklagter bei eigener Bewirthschaftung seines Grundstücks während der Dauer der Zwangsvollstreckung hätte aufwenden müssen und was er selbst darüber hinaus während der Zwangsverwaltung in das Grundstück zu dessen Nutzen verwendet habe.

§ 821. Die Ansprüche auf Befreiung von der ohne rechtlichen Grund eingegangenen Verbindlichkeit und auf Aufhebung der durch eine unerlaubte Handlung erlangten Forderung (§ 853) sind Aufhebungsansprüche und können auch einredeweise geltend gemacht werden. Durch die §§ 821 und 853 werden diese Chikaneeinreden perpetuirt. Flechtheim, Gruchots Beitr. **44** 94.

Hat Jemand ein Grundstück unter Uebernahme einer Hypothek, welche von dem Gläubiger genehmigt ist, erworben, dieses Grundstück aber, weil es Schwamm hatte, auf Grund seines Wandelungsanspruchs an den Veräußerer wiederaufgelassen, so hat er gegen den Hypothekengläubiger einen Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit, da er dieselbe ohne Rechtsgrund eingegangen ist. Denn

dadurch, daß der ursprünglich geschlossene Kaufvertrag rückgängig gemacht worden ist, ist der rechtliche Grund der Schuldübernahme fortgefallen. Böhm, R. **01** 308 f.

Nur demjenigen, dem gegenüber der Konditionsanspruch des § 812 Abs. 2 besteht, kann die Einrede entgegengesetzt werden, also nur dem Versprechensempfänger, nicht dritten, aus dem Versprechen berechtigten Personen. Das Gleiche gilt im Falle der Anfechtung bei versäumter Anfechtungsfrist dem Gläubiger gegenüber, sofern der Anfechtungsgrund eine unerlaubte Handlung des Gläubigers ist. Hellwig, Anspr. 14 ff.

§ 822. Entsprechende Anwendung der Regel des § 822 auf solche Fälle, in denen trotz Wegfalls des rechtlichen Grundes für eine Vermögensverschiebung der Anspruch auf Ausgleichung nicht auf den Umfang der Bereicherung beschränkt ist. Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung 38 f.

Diese Vorschrift hat zur Folge, daß der Empfänger der unentgeltlichen Zuwendung stets damit rechnen muß, daß er zur Herausgabe genöthigt wird, weil sein Schenker möglicher Weise zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet war und diese Verpflichtung mit dem Wegfalle seiner Bereicherung ausgeschlossen werden konnte. Die Kenntniß dieser rechtlichen Möglichkeit ist aber grundverschieden von der Kenntniß, daß er die Zuwendung überhaupt ohne rechtlichen Grund besitze, und er haftet wegen der Kenntniß dieser rechtlichen Möglichkeit nicht als bösgläubiger Bereicherungsempfänger. Das Gleiche muß gelten von dem, der durch eine Rechtshandlung erwirbt, welche wegen Benachtheiligung der Gläubiger anfechtbar ist. Mit der rechtlichen Möglichkeit, daß er selbst zu Gunsten von Forderungen, die erst später entstanden, zur Rückgewähr genöthigt werde, muß der Erwerber rechnen. Aber die Kenntniß dieser rechtlichen Möglichkeit würde — seine Bereicherung vorausgesetzt — nicht rechtfertigen, daß man ihn als bösgläubig behandelte. Linsmayer, Grund und Umfang der Haftung wegen Benachtheiligung der Gläubiger 48.

Fünfundzwanzigster Titel.

Unerlaubte Handlungen.

Vorbemerkungen. 1. Die Rechtsregeln, die der 25. Titel des 7. Abschnitts aufstellt, finden Anwendung auf die sämmtlichen in diesem Abschnitt aufgezählten unerlaubten Handlungen; aber sie gelten auch nur für diese. v. Liszt, Deliktsobligationen 8.

2. Otto, SächsA. **9** 8 ff.: Das BGB. unterscheidet drei Gruppen von unerlaubten Handlungen:

a) die Verletzung eines subjektiven Rechtes (§ 823 Abs. 1);

b) den Verstoß gegen ein Schutzgesetz, oder, was dasselbe ist, die Verletzung eines durch das Gesetz geschützten Interesses (§ 823 Abs. 2);

c) die gegen die guten Sitten verstoßende Schadenzufügung (§ 826).

Als Sonderfälle sind behandelt die Kreditgefährdung (§ 824), die Verletzung der Geschlechtsehre (§ 825), das Halten von Thieren und der Wildschaden (§§ 833—835), der Schaden durch Einsturz von Gebäuden (§§ 836—838) und die Verletzung der Amtspflicht (§ 839). Vgl. v. Liszt 1 ff., Linckelmann, Schadensersatzpflicht 17 ff.

3. a) **RG. 50** 410: Der bloßen Ueberschrift des Titels würde zu viel Gewicht beigelegt, wenn man aus ihr in Verbindung mit einzelnen der in dem Titel enthaltenen Bestimmungen eine grundsätzlich neue, von dem herrschenden Sprachgebrauche ganz abweichende Begriffsbestimmung der unerlaubten Handlung ableiten wollte. Näher liegt die Auffassung, daß auch jetzt noch grundsätzlich eine unerlaubte Handlung ohne, sei es positiv festzustellendes, sei es vermuthetes,

Verschulden nicht angenommen werden soll, und daß nur aus Zweckmäßigkeitsgründen wegen des inneren Zusammenhanges oder wegen der äußeren Aehnlichkeit der Fälle jene vereinzelten Bestimmungen, die zum Theil von der zweiten Gesetzeskommission, zum Theil erst vom Reichstag ihre Fassung erhalten haben, in den Titel von den „unerlaubten Handlungen" gesetzt worden sind.

Der Begriff der unerlaubten Handlungen ist nicht nur auf außerkontraktliche Handlungen zu beschränken. Müller, Seuff. Bl. **65** 374 ff.

b) Im Sinne des BGB. wird die einfache Verletzung vertragsmäßiger Verpflichtung (Nichterfüllung mit Einschluß verzögerter oder rechtswidriger Erfüllung) nicht als unerlaubte Handlung betrachtet und behandelt. v. Liszt 10; Linckelmann 20 f.; OLG. Dresden, R. **02** 236.

Jedoch erzeugt jede Verletzung einer Vertragspflicht, die zugleich den Thatbestand eines Delikts im Sinne der §§ 823 ff. darstellt, neben dem Vertragsanspruch auch den Deliktsanspruch (dagegen Endemann, Einführung § 200 Note 4); es sei denn, daß entweder durch Gesetz (z. B. §§ 522, 599) oder durch Vertrag (§ 276 Abs. 2) die vertragliche Haftung auf schwerere Schuldarten eingeschränkt ist. — Ebenso verhält es sich mit jeder anderen rechtsverletzenden Handlung, an die ein besonderer Anspruch durch das Gesetz geknüpft ist. v. Liszt 12 f., 14 ff., 20.

c) Das Wesen einer unerlaubten Handlung im Sinne des BGB. besteht in der Erfüllung eines Thatbestandes, dessen nachtheiliger Erfolg für das Vermögen oder gewisse ideelle Güter Anderer nach allen Richtungen als gedachtes Unrecht auszugleichen ist (individueller Schadensersatz). Linsmayer, Grund und Umfang der Haftung wegen Benachtheiligung der Gläubiger 8.

d) Die Vorschriften dieses Titels beziehen sich auch auf die Schadenszufügung bei der Vertragserfüllung. Friedrichs, Prozeßpraxis 321 ff. Erst recht natürlich auf unerlaubte Handlungen bei der Vertragserfüllung. Friedrichs a. a. O. 672. Ueber die Idealkonkurrenz von Vertragsverletzung und Delikt vgl. Isay, Geschäftsführung 398 ff.

4. a) Verhältniß des Civilunrechts zum Strafunrechte: Liepmann, Einleitung in das Strafrecht 4 ff., 17: Das bürgerliche Unrecht braucht weder Pflichtverletzung noch überhaupt Handlung zu sein; sein wesentlicher Inhalt besteht in der bloßen Existenz eines in privatrechtliche Interessen eingreifenden Zustandes, mag dieser durch Zurechnungsfähige, Sachen oder selbst Naturkräfte verursacht sein; der Gesichtspunkt der Schuld besitzt hier keine „konstitutive", sondern lediglich „qualifizirende" Bedeutung. Im Gegensatze dazu ist das Delikt seinem Wesen nach die Bethätigung eines rechtlichen Pflichten widerstreitenden Willens, d. h. mit anderen Worten ein zur Handlung und Schuld zurechenbares Unrecht.

b) v. Liszt, Strafrecht 12/13, 192 Anm. 1: Das Verbrechen theilt mit dem Privatdelikt alle Merkmale und unterscheidet sich von diesem nur durch seine größere Gefährlichkeit, formell überhaupt nur durch seine Rechtsfolge. Ueber den Einfluß des BGB. auf das Strafrecht vgl. Schmidt, DJZ. **00** 146.

5. Kausalzusammenhang. (Vgl. auch oben § 249 Ziff. 2.)

a) Der durch die Handlung verursachte Schaden, nur dieser, aber dieser im vollen Umfang, ist vom Thäter dem Verletzten zu ersetzen. Ursache ist jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Eintritt des eingetretenen Erfolges (d. h. so wie er eingetreten ist) entfallen müßte. Das Verursachen eines Erfolges besagt mithin dasselbe, wie das Veranlassen eines Erfolges. Der Thäter haftet nicht nur für den unmittelbaren, sondern auch für den mittelbaren, ja selbst für den zufälligen Schaden, den er durch seine Handlung verursacht hat. v. Liszt 68, 70.

Linckelmann, Schadensersatzpflicht 52: Der ursächliche Zusammenhang wird nur durch objektive, nicht durch subjektive Momente hergestellt.

b) Eine aus der Verschuldung hergeleitete Vermuthung der Urheberschaft, wie sie das ALR. z. B. in I. 6 § 25 hatte, kennt das BGB. nicht. Liegt ein Verhalten vor, auf das bei gewöhnlichem Verlauf und der Erfahrung entsprechend der angerichtete Schaden zurückzuführen ist, so darf man zwar unbedenklich in freier Beweiswürdigung den ursächlichen Zusammenhang in der Regel für erbracht ansehen und nicht noch fragen, „ob im unerschöpflichen Gebiete der Möglichkeiten auch noch Raum gegeben sei für die Möglichkeit, daß dennoch nicht das fragliche Verhalten die Schädigung verursacht habe" (vgl. **RG. 12** 190, **15** 338, **20** 139). Immerhin ist dies nur dann gerechtfertigt, wenn unter den verschiedenen Möglichkeiten die eine über die anderen derart überwiegt, daß diese als zu entfernt für die menschliche Beurtheilung außer Betracht bleiben können. Anderen Falles würde auch nicht einmal eine Umkehrung der Beweislast stattfinden dürfen. Stehen aber von möglichen Ursachen mehrere gleichwerthig neben einander, so ist trotz des Zusammentreffens der einen möglichen Ursache mit einem subjektiven Verschulden des angeblichen Urhebers kein Grund dafür vorhanden, dieser einen Ursache vor den anderen bei der Bildung der richterlichen Ueberzeugung den Vorzug zu geben. OLG. **2** 483 (Dresden).

6. Verschulden. (Vgl. auch oben § 276.)

a) Vorsatz ist das Kennen, Fahrlässigkeit das Kennenmüssen des zu vertretenden Umstandes. v. Liszt 54.

Das Verschulden muß sich stets auf die Handlung als die Herbeiführung einer sinnfälligen Veränderung in der Außenwelt und nur auf diese beziehen, hat aber mit der Normwidrigkeit der Handlung nichts zu schaffen. Der Irrthum über die Normwidrigkeit muß daher einflußlos bleiben. v. Liszt 56 f. **Anders Endemann** 915.

b) Der Satz, daß man allgemein für fahrlässige Verursachung eines Vermögensschadens hafte, ist dem BGB. unbekannt. **RG. 51** 92.

c) OLG. **5** 241 (Oldenburg). Nicht die im Verkehr übliche, häufig hinter den berechtigten Anforderungen zurückbleibende, sondern die im normalen Verkehr erforderliche Sorgfalt verlangt das Gesetz.

BayrObLG., N. **01** 206. Fahrlässigkeit liegt vor, wenn man bei Anwendung ordnungsmäßiger Sorgfalt zu erkennen im Stande ist, daß durch die Handlung oder Unterlassung fremde Interessen, insbesondere Menschen, gefährdet werden.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **02** 219. Die Fahrlässigkeit der §§ 276, 823 umfaßt auch die Fälle der sog. leichten Fahrlässigkeit (culpa levis).

d) Henrici, Gruchots Beitr. **42** 625 ff., bes. 632 ff. Ein entschuldbarer Irrthum schließt die Fahrlässigkeit im Allgemeinen nicht aus. Nur wo ein eiliges, die sorgfältige Erwägung ausschließendes Vorgehen geboten erscheint, mag der entschuldbare Irrthum auf Berücksichtigung Anspruch haben.

e) **RG. 50** 95: Fahrlässig handelt nicht, wer im Momente der Gefahr etwas Sachwidriges thut.

f) Dolus eventualis bezüglich Täuschung und Schädigung genügt zur Begründung der actio doli auf Schadensersatz. **RG.** JW. **01** 189.

g) **RG.** JW. **02** Beil. 192. Ob denjenigen, welcher in Ueberschreitung der Nothwehr einem Anderen Schaden zufügt, ein Verschulden trifft, richtet sich mangels einer dem § 53 Abs. 3 StGB. entsprechenden Vorschrift nach §§ 823 ff.

h) Für den nicht gewollten Erfolg einer Handlung, der außer aller Berechnung lag und nur unter Mitwirkung außerordentlicher Ereignisse eintrat, wird nicht gehaftet. **RG.** JW. **01** 409 f.

i) **RG.** Seuff. A. 55 279: Die Haftung für außervertraglichen Schaden kann nicht durch einseitige Willenserklärung des Beschädigers ausgeschlossen werden.

k) Ueber konkurrirendes Verschulden vgl. zu § 254. **RG. 51** 276.

7. **RG. 50** 66: „Widerrechtlich" bedeutet nur die objektive Widerrechtlichkeit. Hätte das Gesetz mit dem Ausdrucke „widerrechtlich" sowohl die objektive Widerrechtlichkeit, als auch das subjektiv widerrechtliche, also schuldhafte Verhalten des Thäters gemeint, so bedurfte es nicht noch der Hervorhebung des Umstandes, daß nur die vorsätzliche oder fahrlässige Begehung der widerrechtlichen That die Verpflichtung zum Schadensersatz begründe.

„Widerrechtlich" ist nicht nur die rechtswidrige, sondern auch die Handlung, auf deren Vornahme ein subjektives Recht nicht besteht. Titze, Nothstandsrechte im BGB. 11.

Ueber Gründe, welche die Widerrechtlichkeit ausschließen, v. Liszt 85 ff, Linckelmann 70 ff.; vgl. oben zu § 227.

8. Klagenkonkurrenz vgl. oben 3 b Abs. 2; Neumann, Vorbem. zum 25. Tit. F. Ebenso die herrschende Meinung. A. M. Hellwig, Lehrbuch des Civilprozeßrechts I 267.

9. a) v. Liszt 46: Die Konkurrenz des Ersatzanspruchs aus den §§ 823 ff. BGB. mit dem Ersatzanspruch aus den deliktischen Thatbeständen der übrigen Reichsgesetze ist ausgeschlossen. Diese gehen als die engeren Thatbestände den allgemeineren des BGB. vor. In diesem Falle bestimmen sich aber nicht nur Voraussetzung, sondern auch Inhalt und Umfang des Ersatzanspruchs lediglich nach den besonderen Vorschriften der besonderen Reichsgesetze.

b) Der Anfechtungsanspruch, der weder Rechtsgeschäft noch Delikt ist, beruht einzig und unmittelbar auf dem Gesetze und begründet lediglich ein Schuldverhältniß aus gesetzlichem Grunde, eine gesetzliche Obligation. Er beruht auf einer im Interesse der Aufrechterhaltung des Kredits geschaffenen positiv-rechtlichen Ausnahmesatzung. Dies gilt für die Konkurs- und Einzelanfechtung und insbesondere auch für die Anfechtungsgründe aus § 31 Nr. 1, 2 KO.; § 3 Nr. 1, 2 AnfGes. Es kommen daher nicht die Sondervorschriften des BGB. über die Schuldverhältnisse aus unerlaubter Handlung §§ 273 Abs. 2, 393, 827–830, 1007, 1415 Nr. 1, 1463 Nr. 1, 1536 Nr. 3, Art. 12 EG z. BGB. zur Anwendung. Doch kann der Anfechtungsanspruch auch den Thatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllen z. B. bei Beiseiteschaffung von Vermögensstücken seitens des Schuldners unter Mitthäterschaft des Anfechtungsgegners, § 239 Abs. 1 Nr. 1 KO.; § 47 StrGB. Es entstehen dann zwei Ansprüche, der Anspruch auf Rückgewähr und der Deliktsanspruch auf Schadensersatz. Meyer, Seufferts Bl. 65 259, 260.

c) § 7 AnfGes. u. § 37 KO. legen dem Anfechtungsgegner eine Verpflichtung geringeren Umfanges und keine Schadensersatzpflicht auf, so daß der schädigende Erfolg der anfechtbaren Rechtshandlung im einzelnen Falle nicht nach jeder Richtung auszugleichen ist und ausgeglichen werden will. Daraus folgt, daß dieselbe im Sinne des Gesetzes nicht verboten oder unerlaubt ist. Linsmayer 9 f.

10. Klage auf Unterlassung.

a) **RG. 48** 114 ff., 118 und JW. **01** Beil. 100 (mit Litteraturangaben): Ein durch Klage verfolgbarer Anspruch auf Unterlassung ist im Falle des Zutreffens der §§ 823, 826 wenigstens da zu gewähren, wo ein unerlaubtes Verhalten bereits verwirklicht wurde, aber weitere Eingriffe zu besorgen sind, wo mit der Klage die Fortsetzung oder Vollendung der verübten bezw. begonnenen Schädigung verhütet werden soll. Das BGB. hat, indem es einen Anspruch auf Unterlassung für einzelne Fälle besonders normirt (§§ 12, 862, 1004), die

Zulassung eines solchen Anspruchs nicht für alle anderen dem Gebiete des Gesetzbuchs angehörenden Fälle ausschließen wollen.

b) Ein Anspruch auf Unterlassung unerlaubten Handelns muß auch außerhalb des Gebiets der absoluten Rechte, wie Marken-, Patent- und Namenrecht, insbesondere gegenüber unerlaubten Handlungen der §§ 823 ff. BGB. wenigstens dann gewährt werden, wenn das der Unterlassungspflicht zuwiderlaufende Gebahren schon verwirklicht wurde und eine die Vermögensbeschädigung des anderen Theiles mit sich bringende Fortsetzung desselben zu befürchten steht. OLG. **2** 482 (Dresden); vgl. OLG. **5** 239 (Celle), **2** 313 (Hamburg).

c) Neben der Schadensersatzklage kann auch Klage auf Unterlassung des rechtswidrigen Thuns erhoben werden. Ausführlich Fuld, SächsA. **12** 257 ff. und die dort Citirten.

Wer auf Entschädigung klagen kann, muß auch im Wege der Klage künftige Schädigungen verbieten können (§ 775 CPO.). Krückmann, Allg. österr. GZ. **97** 292.

11. Beweislast.

a) Voraussetzung eines Anspruchs aus einer unerlaubten Handlung ist: α. der Beklagte muß eine Handlung vorgenommen haben; β. es muß ein Recht des Klägers verletzt sein; γ. zwischen der Handlung und dem rechtsverletzenden Erfolge muß ein Kausalzusammenhang bestehen; δ. den Beklagten muß ein Verschulden treffen. Diese 4 Thatsachen muß regelmäßig der Kläger beweisen. Rosenberg, Beweislast 128. Für den Beweis des Kausalzusammenhanges genügt es, wenn ein Umstand feststeht, der in der Regel den schädigenden Erfolg bewirkt und eine Verursachung von anderer Seite nach Lage der Sache nicht anzunehmen ist; Rosenberg 90.

b) **RG.** JW. **00** 665 f. Dem Beschädigten, der von dem Beschädiger Schadensersatz begehrt, liegt an sich der Beweis für ein schuldhaftes Verhalten des Beschädigers ob. Er kann dieses Beweises dadurch enthoben werden, daß die Beschädigung unter solchen Umständen erfolgt, welche ohne weiteres den äußeren Anschein eines Verschuldens des Beschädigers ergeben. Vgl. JW. **02** Beil. 212.

c) ObLG. München, Seuff. A. **56** 467. Liegt in der Vertragswidrigkeit des Handelns ein zum Schadensersatze verpflichtendes Schuldmoment, so bedarf es nicht des weiteren Nachweises, daß der Ersatzpflichtige eine besondere Fahrlässigkeit begangen hat.

12. Gerichtsstand.

a) **RG.** Gruchots Beitr. **46** 1045. Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung ist überall dort begründet, wo einer von mehreren Vorgängen, die den Klagegrund der unerlaubten Handlung bilden, zu Tage getreten ist.

b) Klein, R. **02** 290. Die lex loci delicti commissi ist maßgebend für die Beurtheilung der Frage, ob ein Delikt vorliegt. Im Uebrigen vgl. zu § 32 CPO.

c) Ueber den Erfüllungsort vgl. § 269 Ziff. 2 S. 176, besonders Müntzel.

13. Uebergangsbestimmungen. Fuchs, Gruchots Beitr. **44** 14: Ein Schuldverhältniß aus einer vor dem Inkrafttreten des BGB. begangenen unerlaubten Handlung bestimmt sich nach dem bisherigen Rechte. Das Gleiche gilt, wenn die unerlaubte Handlung vor dem Inkrafttreten des BGB. begangen, der Erfolg aber erst nachher eingetreten ist. Ebenso **RG. 52** 119 ff.

§ 823. I. Abs. 1. 1. a) LG. Pforzheim, R. **01** 435: Schadensersatzberechtigt ist nur der unmittelbar, nicht der mittelbar Verletzte. (Uebereinstimmend die herrschende Lehre.)

b) **RG. 47** 211: Die unmittelbar verletzte Ehefrau ist selbst wegen der von ihrem Ehemann aufgewendeten Kosten klageberechtigt. Vgl. Reinhard, **R. 02** 583.

2. **RG. 50** 226 (vgl. Seuff. A. **57** 361): Ein Ersatzanspruch für einen ungewissen, eventuellen Schaden ist nicht gewährt. Die Feuergefährlichkeit einer Anlage begründet für den Nachbarn keinen Entschädigungsanspruch.

3. Die Bestimmung des früheren preußischen und gemeinen Rechtes, daß aus unerlaubten Handlungen zwar Verbindlichkeiten, aber keine Rechte entstehen, ist in das BGB. nicht übernommen; daher ist eine durch Täuschung oder Drohung veranlaßte Erklärung nur anfechtbar, erzeugt also Rechte; daher hat der Dieb die Besitzklage auf Rückgabe gegen Dritte und nach einem Jahre sogar gegen den Bestohlenen; er erwirbt sogar Eigenthum, wenn er die gestohlenen Hölzer zu seinem Hause verbaut; daher erlangt auch der unredliche Empfänger der in beabsichtigter Eigenthumsübertragung übergebenen Sache sowie der bestochene Beamte Eigenthum. Josef, A.bürgR. **20** 44 ff.

4. **RG. 52** 373 ff.: Die Haftpflicht aus § 823 tritt auch ein, wenn es sich nicht um positives Thun, sondern um Unterlassungen handelt.

Auch eine Unterlassung begründet beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen den Schadensersatzanspruch aus § 823. OLG. **2** 456 (Hamb.).

5. Der Duellant verletzt das Leben oder die Gesundheit seines Gegners widerrechtlich. Ein Schadensersatzanspruch des Verletzten oder der alimentationsberechtigten Verwandten des Getödteten besteht indeß nur insoweit, als das Gericht dem Verletzer die Hauptschuld am Zustandekommen des Zweikampfes beimißt. Hoeniger, R. **01** 223. (Vgl. auch zu § 254 Ziff. 6 S. 165.)

Einer Versicherungsgesellschaft steht aus der Tötung des Versicherten ein Schadensersatzanspruch gegen den Thäter nicht zu (vgl. **RG.** Gruchots Beitr. **30** 422) Leske 336 Anm. 7.

6. Nicht jede die freie Willensbestimmung eines Anderen irgendwie beeinflussende Einwirkung ist als Freiheitsverletzung und, sofern dem Einwirkenden kein besonderes Recht auf die Einwirkung zusteht, als widerrechtliche Freiheitsverletzung zu betrachten. **RG. 48** 123, JW. **01** 349. Vgl. v. Liszt 24.

7. a) Isay, Geschäftsf. 673 nimmt an, daß Eigenthum hier nicht das Recht, sondern dessen Gegenstand bezeichnet.

b) OLG. Königsberg, Seuff. A. **57** 347: Die Schädigung des Vermögens als solchen genügt nicht, vielmehr muß ein einzelnes bestimmtes Recht, insbesondere eine einzelne bestimmte Sache (das „Eigenthum" daran) verletzt sein.

c) Die Verletzung einer Sache verpflichtet zum Schadensersatze, d. h. zur Wiederherstellung des früheren Zustandes (§ 249) oder zur Zahlung des hierzu erforderlichen Geldbetrags, auch wenn die Verletzung keinen pekuniären Nachtheil für den Eigenthümer bedeutet. v. Tuhr, DJZ. **99** 306.

Bei Sachbeschädigung kann außer dem Eigenthümer der Nießbraucher, Pfandgläubiger, Miether, Pächter, Leiher beschädigt und daher ersatzberechtigt sein, Leske 336, Linckelmann 23, 32.

d) OLG. **2** 457 (Karlsruhe): Der Grundstückseigenthümer wird durch das Halten von Bordellen in der Nachbarschaft widerrechtlich geschädigt und kann sowohl auf Schadensersatz als auf Unterlassung des Bordellbetriebs klagen. Vgl. **RG. 50** 228, R. **02** 236. Abw. LG. Mannheim, R. **01** 45.

Der Eigenthümer eines einem Bordelle benachbarten Grundstücks kann von dem Bordellinhaber Schadensersatz nicht verlangen wegen Verringerung des Werthes seines Grundstücks. Denn

α. bezieht sich § 823 nur auf Verletzung des Eigenthums. Als solche ist aber eine herbeigeführte Werthverringerung nicht anzusehen;

β. der § 826 verlangt Vorsatz, nicht nur das Voraussehen eines Erfolges. Kiefer, R. **01** 490 f. Vgl. Meyer ebenda 533, Scherer ebenda 560.

8. a) **RG. 51** 373: Der Begriff „sonstiges Recht" ist auf die bestimmten von der Rechtsordnung als solche ausgestalteten und umschriebenen subjektiven Rechte zu beschränken. Es fallen hierunter nicht die einer solchen Rechtsnatur ermangelnden Befugnisse oder Fähigkeiten, welche zufolge der allgemeinen Freiheit des Handelns Jedermann zukommen, nicht also schon an sich die Befugniß zu ungehinderter Verwerthung der Arbeitskraft, nicht eine bloße Erwerbsaussicht. — Die Ausübung eines selbständig betriebenen Gewerbes mag, namentlich insoweit dieselbe gegen gewisse Eingriffe Dritter durch die Vorschriften des Gesetzes zur Bekämpfung des unl. Wettbew. besonders geschützt wird, als wohlerworbenes Recht anzusehen sein. Vgl. JW. **02** Beil. 228: Eingriff in den Gewerbebetrieb eines Anderen als widerrechtliche Verletzung des Rechtes eines Anderen (Boykott eines Arztes).

b) Linckelmann, Schadensersatzpflicht 17: Ein Recht ist verletzt, wenn ein dem Inhalte des Rechtes widersprechender Zustand herbeigeführt worden ist, ohne daß es darauf ankommt, daß von der Verletzung auch die körperliche Integrität des Gegenstandes des Rechtes ergriffen wird.

c) Rümelin, A.civPr. **90** 238 Anm. 69: Die Worte „oder ein sonstiges Recht" sind mit den Worten „das Eigenthum" zu verbinden. Abweichend Linckelmann 18: Die Worte „oder ein sonstiges Recht" sind grammatikalisch auf den ganzen Satz zu beziehen Ebenso Hachenburg, Vorträge (2) 425. Vgl. **RG. 51** 373.

d) Unter § 823 Abs. 1 fallen alle durch das Privatrecht anerkannten und geschützten Rechte, mithin alle Vermögens- und Familienrechte, also nicht nur das Eigenthum, sondern auch alle dinglichen Rechte, der Besitz, die Okkupationsrechte, aber auch die obligatorischen Ansprüche, soweit es sich nicht nur um ihre Verletzung durch den Vertragsgegner handelt. Zu den geschützten Vermögensrechten gehören ferner die Urheber- und Erfinderrechte, einschließlich des Patent-, Firmen-, Marken- und Waarenzeichenrechts, sowie das Recht, das den Angriffsgegenstand des unlauteren Wettbewerbes bildet. Zu den geschützten Familienrechten gehört der Personenstand und das Namenrecht.

Weiter sind durch § 823 Abs. 1 geschützt die sog. Persönlichkeitsrechte, jedoch ist die Ehre nicht durch § 823, sondern nur in den Grenzen des § 824 geschützt. Aber nicht nur auf die Persönlichkeitsrechte bezieht sich § 823 Abs. 1., sondern auf alle irgendwie rechtlich geschützten Interessen. v. Liszt 20 ff.

Es muß aber die Verletzung des Rechtes eines Anderen, nicht die Verletzung allgemeiner Interessen vorliegen. v. Liszt 27.

Zu den im § 823 erwähnten „sonstigen Rechten" gehört auch das Recht zum Gebrauch eines Namens in dem Umfang, in welchem es durch § 12 BGB. anerkannt und geschützt wird; ebenso die firmenrechtlichen Befugnisse § 37 HGB. Rambohr, Gruchots Beitr. **43** 77 f. Olshausen, Namenrecht u. Firmenrecht 92.

Zu der Streitfrage, welche hinsichtlich der Bedeutung der Worte „oder ein sonstiges Recht" entstanden ist, äußert sich Gareis, Das Recht am menschlichen Körper 27 f. dahin, daß sich jene Worte auch auf das Recht auf körperliche und geistige Integrität und Bethätigung beziehen, wie überhaupt auf alle Persönlichkeitsrechte, welche Privatrechtsgüter betreffen.

Müller, Seuff. Bl. **65** 378: Unter den Begriff „sonstige Rechte" fallen alle Privatrechte, wie Forderungsrechte, das Recht auf den Namen, Erbrechte, Familienrechte, Urheberrechte, Pfandrechte, die Rechte des Besitzers, das Recht auf den Gebrauch bestimmter Waarenzeichen u. s. w.

e) Schutz des obligatorisch Berechtigten.

α) Stammler gewährt Schadensersatzanspruch auch wegen Schädigung eines nur obligatorisch Berechtigten durch schuldhafte Vereitelung der geschuldeten Leistung seitens eines Dritten. Stammler 10.

Ebenso giebt Meisner auch den nur obligatorisch Berechtigten („ein sonstiges Recht"), einen selbständigen Schutz gegen Beeinträchtigung ihrer Rechte durch andere Personen als den Schuldner. Meisner 290.

Bei Verbotsbestimmungen zum Schutze vermögensrechtlicher Interessen ist einem jeden Interessenten, der ein unmittelbares vermögensrechtliches Interesse hat, auch dem nur obligatorisch Berechtigten, der Anspruch auf Schadensersatz einzuräumen. Ebbecke, Grundsätze 57.

Kipp bei Windscheid II 887. Die Verletzung sonstiger Rechte erstreckt sich nicht nur auf absolute Rechte, sondern auch auf Verletzung relativer Rechte, soweit sie der Verletzung durch Dritte zugänglich sind. Wer einem Schuldner durch sein Verschulden unmöglich macht, die Leistung zu bewirken, und hierdurch das Gläubigerrecht zerstört, verletzt dasselbe i. S. des § 823. Ebenda 86: Neben dem Anspruch gemäß § 281 hat der Gläubiger das Recht gegen Dritte gemäß § 823 Schadensersatz zu verlangen. Ebenso Cosack I § 163 Ia, Kuhlenbeck zu § 823, vgl. v. Liszt 20 ff., Crome II 1020.

β. Dagegen nehmen an, daß nur ein „absolutes Recht", d. h. ein gegen Jedermann verfolgbares Recht, und nicht auch ein obligatorisches Recht durch § 823 Abs. 1 geschützt sei, Jung (Delikt und Schadensverursachung 25 ff., 30) und ebenso Schollmeyer (Das Recht d. einzelnen Schuldverhältnisse 109 ff.), der ausführt, das BGB. betrachte keineswegs die Verletzung jedes Forderungsrechts als unerlaubte Handlung, sondern schütze nur ausnahmsweise gewisse Forderungsrechte gegen Verletzung durch dritte Personen in §§ 844 und 845.

Nicht schadensersatzpflichtig nach § 823 Abs. 1 macht die Verletzung obligatorischer Rechte durch einen Dritten. Hieraus folgt aber nicht, daß obligatorische Rechte schutzlos sind. Ist die Verletzung derselben die Folge eines Verstoßes gegen ein den Schutz des Berechtigten bezweckendes Gesetz, so findet § 823 Abs. 2 Anwendung; vgl. Otto a. a. O. 10. Ferner ist der Berechtigte gegen eine vorsätzliche Schädigung seines Rechtes genügend durch § 826 geschützt. Auch bieten ihm bei Verletzung des geschuldeten Gegenstandes die Vorschriften der §§ 281, 323 Abs. 2 einigen Ersatz für den Schadensersatzanspruch. Goldmann-Lilienthal 197 f. Vgl. hierzu Neumann § 823 Note V. 2. Linckelmann 21, Enneccerus § 359, Endemann § 200 Anm. 7, Dernburg II [2] 612.

γ. Oertmann. Der Schadensersatz des obligatorisch Berechtigten, Berliner Festgabe für Dernburg 61—90: Die Einbeziehung der Forderungen unter die durch § 823 Abs. 1 geschützten Rechte würde außerordentlich schlecht zu dem System des BGB. im Allgemeinen und seinem Schadensersatzrecht im Besonderen passen:

αα) Es würde das ius ad rem wieder eingeführt. In den meisten Fällen würden Recht zur Sache und Ersatzanspruch gegen den dritten Verletzer des Forderungsrechts zusammenfallen.

ββ) Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten paßt nicht zu der Vorschrift des § 281. Diese Vorschrift soll vorzugsweise dem Gläubiger die Deliktsansprüche des Schuldners gegen den dritten Verletzer verschaffen.

γγ) Aus der Regelung des obligatorischen Vorkaufsrechts im BGB. folgt, daß ein Dritter, der durch Erwerb der vorkaufsbelasteten Sache das Vorkaufsrecht schuldhaft „verletzt", dem Berechtigten nicht deliktisch haftbar wird, da das Vorkaufsrecht nur den „Verpflichteten" bindet und dem „Dritten" im Verhältnisse zum „Berechtigten" nichts angeht.

δδ) In den §§ 844—845 wird dem obligatorisch Berechtigten ein Ersatzanspruch gegen den dritten Verletzer gegeben. Hier ist ein Sonderrecht

statuirt. Indem dieser singuläre Rechtsschutz nur den kraft Gesetzes Unterhalts- bzw. Dienstberechtigten zugebilligt wird, so folgt daraus mittelst eines unmöglich abzuweisenden argumentum a contrario, daß er zugleich den nur kraft Vertrags in dieser Weise Berechtigten hat abgesprochen werden sollen.

Diese Anschauung ergiebt keine Schutzlosigkeit der Gläubigerinteressen gegenüber dem dritten Schädiger. Das Gläubigerinteresse findet auf andere Weise Schutz: durch §§ 281, 844, 845, 823 Abs. 2, 826.

Ferner ist zu beachten, daß eine große Zahl obligatorisch Berechtigter zu Besitzern i. S. des § 868 wird. Diesen unmittelbaren Besitzern steht ein Ersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 zu, da der Besitz als Recht i. S. des § 823 Abs. 1 zu gelten hat.

e) LG. I Berlin, KGBl. 01 72: Unter Recht i. S. des § 823 Abs. 1 ist nicht ein nur obligatorischer, nur gegen einen bestimmten Dritten bestehender Anspruch zu verstehen. Ebenso OLG. Celle, Seuff. A. 56 264.

f) Der Besitz gilt als Recht i. S. des § 823 Abs. 1. S. oben Oertmann a. E., v. Liszt 21, Linckelmann 21, Planck Anm. 2a zu § 823.

g) RG. 51 374 ff.: Die Ehre fällt nicht unter die sonstigen Rechte des Abs. 1. Sie ist nicht ein Privatrecht im eigentlichen Sinne, vielmehr ein Rechtsgut. Sie ist unter den im § 823 Abs. 1 aufgeführten Gütern nicht genannt. Daß der Gesetzgeber die Ehre nicht der Vorschrift des Abs. 1 hat unterstellen wollen, ergiebt sich mit Sicherheit aus den übrigen Bestimmungen dieses Gesetzestitels und der Entstehungsgeschichte derselben. (Dies wird näher ausgeführt.) Es wäre kaum verständlich, wenn neben den sonst im Gesetze gegenüber der Ehrverletzung getroffenen Bestimmungen die Ehre als solche bereits durch § 823 Abs. 1 geschützt sein sollte. Sicherlich wäre dann in Abs. 1 die Ehre besonders genannt worden. Ein Schutz der Ehre ist aber durch § 823 Abs. 2 gegeben. Der Ansicht v. Liszt's (22, 38), daß für die Ehrverletzung auf dem Gebiete des BGB. die Schadensersatzpflicht ausschließend nur durch § 824 geregelt sei, ist nicht beizupflichten. Als Gesetze, welche im Sinne von § 823 Abs. 2 den Schutz eines Anderen bezwecken, sind die §§ 185—187 StrGB. zweifellos anzusehen. In diesem Falle muß aber auch § 193 StrGB. in Betracht gezogen werden. Derselbe statuirt nicht einen bloßen Strafausschließungsgrund, betrifft vielmehr den Thatbestand der strafbaren Beleidigung selbst. Eine Kundgebung von an sich ehrenkränkendem Charakter enthält gleichwohl eine Beleidigung nur dann, wenn ihr das Merkmal der Rechtswidrigkeit beiwohnt. Anderenfalls ist, wie das Gesetz sagt, eine Beleidigung „nicht vorhanden". Es erscheint daher nicht angängig, für die Anwendung des § 823 Abs. 2 den Thatbestand des § 185 oder des § 186 StrGB. von der Bestimmung des § 193 abzutrennen und dahin zu argumentiren, ein Verstoß gegen jene Schutzgesetze liege vor, sofern sämmtliche zu § 185 bzw. § 186 an sich gehörige Thatbestandsmerkmale gegeben seien; darüber, ob dieser Verstoß schuldhaft widerrechtlich sei, habe im Weiteren das Civilrecht zu entscheiden. Ebenso OLG. 2 313, 5 246 (Hamburg). Linckelmann 18 ff. Planck zu § 823 Anm. 2a, Enneccerus 483 Ziff. 2e, Neumann § 824 Anm. 1. Dernburg II, 2 614 zählt die Ehre zu den „sonstigen Rechten" des Abs. 1.

9. Einzelne Fälle.

a) OLG. 4 54 (KG.): Indienstnahme kontraktbrüchiger Arbeiter ist nicht ohne Weiteres eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung.

b) OLG. Kiel, SchleswHAnz. 02 312. Kein Verschulden, wenn man sich auf einen Angestellten verlassen hat, der stets seine Schuldigkeit gethan und seine Arbeiten genau ausgeführt hat.

c) OLG. Karlsruhe, R. 01 17: Wer auf öffentlicher Straße eine Maschine aufgestellt und deren Bewegungsfähigkeit nicht unmöglich macht, ist wegen dieser Fahrlässigkeit zum Schadensersatz verpflichtet, wenn ein Kind durch Spielen an dieser Maschine sich verletzt. Ein Selbstverschulden des Kindes kann darin, daß es sich an der Maschine zu thun machte, nicht gefunden werden.

d) Haftung für Wege, Straßen und Verkehrsorte vgl. Bernhöft in Bernhöft und Binders Beiträgen 1 229.

α. RG. Gruchots Beitr. 45 630: Der Eigenthümer eines Weges, dessen Benutzung er Jedermann gestattet, hat dafür Sorge zu tragen, daß der Weg in einem ordnungsmäßigen, die Sicherheit des passirenden Publikums nicht gefährdenden Zustande sich befindet.

RG. JW. 02 Beil. 231 und Gruchots Beitr. 46 926: Der Wegebaupflichtige hat für die Sicherheit des Verkehrs überhaupt auf dem betreffenden Wege zu sorgen, sowohl für den Fußgänger-, als für den Wagenverkehr. Dem mangels einer Sicherungsmaßregel abstürzenden Fußgänger ist er haftbar. Vgl. die von einander abweichenden Entsch. OLG. 4 282 und 5 243 (Dresden).

OLG. Celle, Seuff. A. 57 396: Der Eigenthümer einer vom Wege abgelegenen Mergelkuhle ist nicht gehalten dieselbe einzufriedigen.

RG. Gruchots Beitr. 45 75: Eine Gemeinde haftet, wenn durch ihre Beamten die Polizeivorschrift verletzt wird, wonach bei Belegung einer Straße mit Material das gefahrbringende Hinderniß beleuchtet werden muß.

OLG. Dresden, R. 01 175: Eine Gemeinde haftet, wenn Jemand beim Begehen eines für den Verkehr nicht abgesperrten, allgemein benutzten, wenn auch nicht fertigen städtischen Straßentrakts dadurch verunglückt, daß er im Dunkeln eine weder durch Laternen noch durch Warnungstafel bemerkbar gemachte Vertiefung nicht sieht und deshalb fällt. Der Umstand, daß der Verunglückte bei Tage die betreffende Stelle bereits passiert hat, rechtfertigt noch nicht den Vorwurf eigenen Verschuldens. Vgl. auch OLG. Dresden, ebenda 355 Nr. 1325.

RG. Gruchots Beitr. 46 375: Der Gemeinde fällt ein Versehen zur Last, wenn ein gefahrdrohender Zustand einer Landstraße längere Zeit bestanden hat, ohne daß zu seiner Abhülfe etwas geschehen ist.

RG. SächsA. 12 486: Der Eisenbahnfiskus haftet für die Instandhaltung der Straßen im Bereiche der Bahnhöfe.

RG. Eger's eisenb. E. u. A. 18 43: Der Eisenbahnfiskus haftet und hat zu sorgen für Sicherung und Beleuchtung der Laufstege einer Eisenbahnbrücke, die er dem allgemeinen Verkehr überlassen hat. Der Eigenthümer kann den von ihm angelegten Weg nicht dadurch zu einem öffentlichen machen, daß er die allgemeine Benutzung gestattet, mit der Wirkung, daß die Gemeinde für Sicherung und Beleuchtung zu sorgen hat.

RG. R. 02 434: Der Fiskus braucht nach 10 Uhr Abends einen Hafen nicht zu beleuchten.

β. RG. u. OLG. Celle, SeuffA. 55 400: Jemand, der sein Haus dem allgemeinen Verkehr öffnet, ist verpflichtet, für die Sicherheit des Publikums, welchem er Einlaß in sein Haus gewährt, zu sorgen und insbesondere alle Orte, auf die sich der Verkehr erstreckt, ordentlich zu beleuchten. Die Pflicht geht indes nicht weiter, als ein für jeden verständigen Menschen erkennbares Bedürfniß der Sicherung besteht.

RG. Gruchots Beitr. 45 891: Der Postfiskus hat die Verpflichtung, in dem Postgebäude die zur Sicherheit des dort verkehrenden Publikums erforderlichen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen. Er haftet für Unfälle, welche durch mangelhafte Beschaffenheit der zu dem Postlokale führenden Hausthüre entstehen.

RG. Gruchots Beitr. **46** 1002: Der Eisenbahnfiskus haftet für den Schaden, welcher durch Herabfallen einer Tafel über dem Eingange zum Wartezimmer entstanden ist.

γ. **RG.** Gruchots Beitr. **46** 1186: Ein Gastwirth haftet für den Schaden, welcher seinen Gästen aus mangelhafter Beschaffenheit der zu seinem Lokale führenden Zugänge entsteht. Vgl. **RG.** JW. **01** 768.

e) Haftung von Vermiethern und Grundstückseigenthümern.

OLG. 5 373 (Kiel): Der Vermiether haftet dafür, daß an gefährlicher Stelle befindliche Lucken fest verwahrt sind. Vgl. **RG.** Gruchots Beitr. **46** 971 ff.

RG. **47** 249: Der Grundstückseigenthümer hat gegen den fahrlässig einen Gewerbebetrieb ausübenden Nachbarn Ersatzansprüche wegen körperlicher Verschlechterung und ökonomischer Entwerthung seines Grundstücks. Wegen der Ansprüche aus nachbarlichem Bordellbetriebe s. ob. Ziff. 7 d.

OLG. 4 281 (Dresden): Der Bauherr haftet nicht für den dem Nachbargrundstücke bei einem Umbau zugefügten Schaden, wenn er einem geeigneten Sachverständigen die Ausführung des Baues überträgt.

f) Streupflicht.

α. **RG.** JW. **02** Beil. 221, DJZ. **02** 321: Liegt dem Hausbesitzer die Pflicht, bei Winterglätte zu streuen und zu fegen, ob, so braucht er diese Verrichtungen nicht stets selbst auszuführen. Die Haftung des Verpflichteten bestimmt sich aber nicht ausschließlich nach den Vorschriften über die Haftung des Geschäftsherrn, da durch das Schutzgesetz ihm selbst die Verpflichtung auferlegt und er für die richtige Ausführung persönlich haftbar gemacht wird. Der Haftpflichtige kann sich durch den Nachweis befreien, daß er die nöthigen Anordnungen getroffen habe und daß diese regelmäßig so vollzogen seien, daß er die Beruhigung hegen durfte, es werden die polizeilichen Vorschriften von seinem Personale richtig und zuverlässig vollzogen (s. o. zu § 276 Ziff. 6 S. 189). Ebenso OLG. 5 242 (Stettin). Vgl. OLG. 4 57 (Posen): Die Bestellung eines Aufsehers entschuldigt den Dienstherrn nur dann, wenn der Aufseher die Aufsicht wirklich ausübt, wovon sich der Dienstherr überzeugen muß. Vgl. OLG. 5 245 (Stettin).

OLG. 5 243 (Kiel): Eine Gemeinde haftet nicht, wenn sie zum Streuen eine geeignete, zuverlässige Person angestellt hat, welche nicht gegen die Anweisungen handelt.

β. OLG. Naumburg, R. **01** 562: Die polizeilich vorgeschriebene Pflicht zum Streuen kann nicht so weit gehen, daß der Hauseigenthümer, der ordnungsmäßig gestreut hat, eine durch den Verkehr entstehende Glätte jeden Augenblick wieder beseitigen muß. Vgl. OLG. 5 241 (Oldenburg).

γ. **RG.** JW. **00** 164 (vgl. SächsA. **11** 86): Eine Gemeinde ist nicht verpflichtet, auf Promenadenwegen, die lediglich dem Spaziergang gewidmet sind, bei Glatteis Vorkehrungen gegen Unfälle zu treffen. Vgl. OLG. 4 283 (Stettin).

RG. SächsA. **12** 95: Eine Gemeinde ist dann zur Beseitigung von Verkehrshindernissen nicht verpflichtet, wenn dieselben erträglich und durch Vorsicht zu überwinden sind. Dauernde Verkehrsstörungen begründen eine Verpflichtung.

δ. OLG. 5 240 (Rostock): In einer kleinen Stadt gebietet die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht, bei Glatteis zu streuen. Anders in Großstädten mit lebhaftem Verkehr, in welchen die Passanten von ihrer Aufmerksamkeit auf den Straßendamm abgelenkt werden. Vgl. OLG. Dresden, SächsA. **12** 224.

g) Haftung der Rechtsanwälte, Notare und Aerzte.

α. **RG.** SächsA. **12** 204: Der Rechtsanwalt hat bei Zweifelhaftigkeit einer materiellrechtlichen oder prozessualen Frage, wenn die Rechtsgültigkeit des von ihm für seinen Mandanten zu bewirkenden Aktes von Einhaltung der gesetzlich richtigen Form abhängig ist, die Verpflichtung, sorgsam in Erwägung zu ziehen,

in welcher Weise das Interesse des Auftraggebers am besten und wirksamsten gewahrt sei, und danach seine Maßnahmen zu treffen. Um dieser Verpflichtung zu genügen, wird der Rechtsanwalt unter Umständen allerdings auch, in Berücksichtigung widerstreitender Rechtsansichten, vorsorglich den fraglichen Rechtsakt in mehrfacher Weise, auch noch in der anderen Form vornehmen müssen.

RG. Seuff. A. **56** 45: Der Rechtsanwalt, welcher den Prozeßauftrag behielt, nachdem er als Notar widerstreitenden Interessen gedient hat, ist für den seinem Auftraggeber daraus entstehenden Schaden ersatzpflichtig. In einem solchen Falle wird die dem Anwalte zustehende Befugniß zur Kündigung eines Mandats zu einer Pflicht, der er sich nicht deshalb entziehen konnte, weil ihn möglicher Weise der Vorwurf einer unzeitigen Kündigung treffen und daraus ein Schadensersatzanspruch gegen ihn hergeleitet werden konnte.

OLG. 2 113 (Hamburg): Ein Rechtsanwalt kann für das Verschulden seines Socius nicht haftbar gemacht werden. Jeder der Rechtsanwälte behält dem Publikum gegenüber seine Selbständigkeit. Die Haftung des einen Anwalts für den anderen richtet sich nach den für die Vertretung geltenden Normen. Josef, Gruchots Beitr. **44** 429 f. (s. oben § 705 Ziff. 10 und § 298 Note 6a): Die Verpflichtungen der verbundenen Rechtsanwälte haben einen selbständigen und von einander un- abhängigen Charakter, so daß das Verschulden nur gegen denjenigen wirkt, in dessen Person es eingetreten ist, § 425.

RG. 49 269 ff.: Dem Notar ist eine Verantwortlichkeit nach den Grundsätzen des Amtsrechtes in Beziehung auf das privatschriftliche Entwerfen von Urkunden und auf den Inhalt einer zu beglaubigenden Urkunde in der Regel nicht aufzuerlegen; vielmehr tritt hier das Recht des dem Geschäfte jeweils zu Grunde liegenden Vertrags mit den sich hieraus ergebenden Folgen ein.

β. OLG. Dresden, DJZ. **99** 199: Der Arzt, der gegen oder ohne den Willen des Patienten eine Operation an demselben vollzieht, begeht, von gewissen Ausnahmefällen abgesehen, eine absichtliche und widerrechtliche Körperverletzung. Vgl. **RG.** in Straff. **25** 375 ff.

b) Unerlaubtes Photographieren. Vgl. oben § 12 Anhang.

α. OLG. 2 313 (Hamburg): Enthält das Photographieren ohne Wissen und Willen eine Ehrverletzung der photographierten Person, so kann dieselbe auf Schadensersatz sowie auf Vernichtung der Platte mit der photographischen Aufnahme nebst Abzügen u. s. w. klagen.

β. LG. I Berlin, KGBl. **02** 90: Klägerin hatte sich photographieren lassen; Beklagter hatte sich das Photogramm verschafft und es zu Reklamezwecken verwandt. Nachdem festgestellt ist, daß § 5 des Ges. vom 10. 1. 76 und §§ 823 und 826 nicht Platz greifen, heißt es bezüglich des Unterlassungsanspruchs der Klägerin: Das Mittel, die mißbräuchliche Verwerthung der Photographie zu verhindern, ist darin zu finden, daß das Urbild derselben, abgesehen von den positiven Vorschriften des Ges. vom 10. I. 76, das Recht hat, eine ihm nicht genehme und es schädigende Wiedergabe seiner Gesichtszüge zu verhindern; es hat dieses Recht gerade weil seine Züge wiedergegeben sind und weil es über das mit seiner Bewilligung aufgenommene Porträt die Herrschaft insoweit behält, daß es jede Verwerthung desselben untersagen kann, wenn ihm ein begründetes, nicht chikanöses Widerspruchsrecht dagegen zusteht. Wäre dies nicht der Fall, so wäre der Besteller des Bildes, auf den ohne Vertrag die Rechte des Verfertigers übergehen, vogelfrei und der Willkür des Letzteren ausgesetzt, der bloß eines der Erfordernisse des § 5 des Ges. vom 10. 1. 76 fortzulassen braucht, um jeden beliebigen Gebrauch von dem Bilde zu machen, und der eventuell dem Besteller entgegensetzen könnte, ein Schutz gegen Nachbildung stehe ihm nach § 5 a. a. O. nicht zu. Wenn im hier vorliegenden Falle der Klägerin ein Recht auf Untersagung ge-

geben wird, so wird damit nicht ausgesprochen, daß ihr das Recht zusteht, obwohl es im Gesetze nicht begründet ist, sondern lediglich, daß aus dem Persönlichkeitsrecht, aus dem Rechte am eigenen Bilde, in dem sie verletzt ist, unter den konkreten Umständen ihr ein klagbarer Anspruch gegeben ist.

i) OLG. **4** 243 (KG.): Lizitationsvereinigungen verstoßen nicht gegen die guten Sitten. Der dadurch Geschädigte kann nicht auf Grund des § 823 Schadensersatz fordern. Abw. OLG. Kolmar, DJZ. **02** 156. Vgl. Cohn DJZ. **01** 24.

k) OLG. Posen, Seuff. A. **56** 355: Ersatzpflichtig ist, wer fremde gepfändete, aber ihm gegenüber vom Eigenthümer bereits als sein Eigenthum reklamirte Gegenstände versteigern läßt. Vgl. aber o. zu § 254 unter Ziff. 6 RG. JW. **02** Beil. 229.

l) LG. I Berlin, KGBl. **01** 72: Dem Miether einer Wohnung steht gegen den bisherigen Miether, der die Wohnung nicht rechtzeitig geräumt hat, ein Anspruch auf Schadensersatz nicht zu.

m) KGBl. **01** 21 (KG.): Der von seinem Prinzipal auf Grund unwahrer Angaben eines Dritten entlassene Handlungsgehülfe hat einen Schadensersatzanspruch gegen den Dritten.

Ritter, DJZ. **02** 352: Veranlaßt der neue Dienstherr den Angestellten, die Konkurrenzklausel zu übertreten, so haftet er dem alten Dienstherrn gegenüber nicht nur aus § 826, sondern auch aus § 823 Abs. 1 wegen Rechtsverletzung.

n) Der Arbeitgeber, welcher die nach dem Invalidenversicherungsgesetze vom 13. 7. 99 zu entrichtenden Beiträge nicht rechtzeitig verwendet, verletzt vorsätzlich oder mindestens stets fahrlässig das Recht des Versicherten, welches ihm aus der Versicherung nach Maßgabe des Gesetzes zusteht. Die Einwilligung des Versicherten schließt die Widerrechtlichkeit nicht aus. Ob und inwieweit der Arbeitgeber dem Versicherten zum Ersatze des aus der nicht rechtzeitigen Verwendung der Beiträge entstehenden Schadens verpflichtet ist, hängt davon ab, ob und inwieweit im einzelnen Falle ein konkurrirendes Verschulden dem Versicherten nach § 254 BGB. zur Last zu legen ist. Appelius, A.bürgR. **21** 14 ff.

o) RG. **50** 191 ff.: Der einem Theile zugegangene Vertragsantrag begründet für ihn die rechtliche Befugniß, durch Annahme des Antrags den Vertrag zum Abschlusse zu bringen und damit den Anspruch aus dem Vertrage zu erwerben. Hat der andere Theil (der Antragende) es vorsätzlich oder fahrlässig verursacht, daß der Gegner von dieser rechtlichen Befugniß keinen Gebrauch gemacht hat, so fällt ihm eine unerlaubte Handlung i. S. des § 823 zur Last.

p) BayrObLG., R. **02** 292: Eine nach § 231 StGB. dem Verletzten zuerkannte Buße schließt seine weiteren Ersatzansprüche nicht nur gegen den Verurtheilten selbst aus, sondern auch gegen andere Personen, gleichviel, ob das Strafverfahren auch gegen sie gerichtet war oder nicht, und ob sie überhaupt strafbar sind oder nicht. Abweichend OLG. **4** 244 (Kiel), Abdruck beider Entsch. Seuff. A. **57** 400 ff.

q) RG. **46** 75: Wer durch einen Meineid die Verurtheilung eines Anderen erwirkt und das auf diese Weise erlangte Urtheil vollstreckt, haftet dem Geschädigten auf Rückzahlung aus unerlaubter Handlung auch nach Ablauf der Frist für die Restitutionsklage.

r) RG. **48** 343: Einen Radfahrer trifft der Vorwurf eines groben Verschuldens, wenn er eine verkehrsreiche, im Gefälle liegende Straße herabfährt, ohne das Rad so in der Gewalt zu haben wie auf ebener Straße und wenn er so schnell fährt, daß er nicht sofort abspringen kann.

s) α. Haftung für Kraftfahrzeuge: Vgl. de lege ferenda Hilse, Verh. des 26. Deutschen Juristentags I 27 ff., III 163 ff.; Wirth, R. **02** 40;

Coermann ebenda 313; Vossen ebenda 422; Roth ebenda 430. S. auch Hilse im 41. Jahr.Ber. d. jur. Ges. zu Berlin 1899—1900.

β. Haftung der Kartelle vgl. zu § 826.

γ. Verhältniß des BGB. zum Gesetze zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vgl. zu §§ 824 und 826.

II. Abs. 2.

1. Linckelmann 24: Das Verhältniß des zweiten Absatzes des § 823 zum ersten Absatz ist nicht das Verhältniß eines sich ausschließenden Gegensatzes, ihre Vorschriften werden in vielen Fällen einen doppelten Schutz gewähren. Die Bestimmung des § 823 Abs. 2 hat aus dem Grunde in das Gesetz Aufnahme gefunden, um in einem gewissen Umfange auch solche Interessen zu schützen, welche nicht in der Rechtssphäre des Verletzten eingeschlossen liegen.

2. a) Linckelmann, Schadensersatzpfl. 26 ff., 30 ff. (vgl. A.bürgR. 13 79 ff., 87 f.): Ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz ist nicht vorhanden, wenn das Interesse des Anderen, analog dem Rechte eines Anderen, nicht zusammenfällt mit dem Interesse desjenigen, vor welchem dasselbe gerade geschützt werden soll, es muß eine gegensätzliche Beziehung in dem Verhältnisse zwischen Berechtigten und Verpflichteten nachweisbar sein. Eine den Schutz der Gesammtheit bezweckende Vorschrift ist keine den Schutz eines Anderen bezweckende Vorschrift i. S. des § 823 Abs. 2. Diesen Vorschriften kann nicht jede Bedeutung für das Civilrecht versagt werden. Bald geben sie eine zur Vorbeugung von Gefährdungen anderer geeignete und ohnehin schon zu beachtende Regel des individuellen Verhaltens und bilden dann in dem Falle einer Rechtsverletzung einen Beweisgrund für die Frage, ob Fahrlässigkeit vorliegt. Bald haben die durch sie bestimmten Pflichten auch civilrechtlich den Charakter von Zwangspflichten, deren Nichtbeachtung eine fahrlässige Rechtsverletzung zur Folge haben kann. Gesetzliche Zwangspflichten sind Pflichten, welche im Interesse der Gesammtheit zur Förderung der allgemeinen Wohlfahrt, sei es zur Sicherung des Verkehrs oder zur Wahrung der öffentlichen Ordnung, sei es aus gesundheitlichen oder gewerbepolizeilichen Gründen durch Gesetz oder Verordnung aufgestellt worden sind. Wenn auch derartige Zwangspflichten nicht den Schutzgesetzen des § 823 Abs. 2 zugerechnet werden können, so bleibt doch immer die Möglichkeit offen, in ihrer Verletzung ein Element im Thatbestande schuldhafter Rechtsverletzung zu erblicken. Unter den Zwangspflichten ist ein Unterschied bemerkbar. Die große Masse derselben sind nichts als Regeln des individuellen Verhaltens; sie liegen ihrer Zweckbestimmung nach innerhalb der Grenzen des civilrechtlichen Pflichtenkreises, ohne aber mit diesen Grenzen für jeden Einzelfall zusammen zu fallen. Durch derartige Pflichten wird die civilrechtliche Verantwortung in dem konkreten Falle einer Rechtsverletzung weder extensiv noch intensiv erschöpft. Im Gegensatze zu dieser Gruppe finden sich andere Zwangspflichten, welche dadurch ausgezeichnet sind, daß sie außerhalb des durch die civilrechtliche Verantwortung gezogenen Pflichtenkreises gelegen sind. Jenes Merkmal ist der springende Punkt in der Frage: Verpflichtet das Verbot schuldhafter Rechtsverletzung auch zur Innehaltung solcher Pflichten, welche nicht aus dem Verbote selbst, nicht aus dem imperativischen „neminem laede“ abgeleitet werden? Die Frage ist zu bejahen. Derartigen Vorschriften muß eine normgesetzliche Bedeutung zuerkannt werden, sie können vom Standpunkte der civilrechtlichen Verantwortung einer Nachprüfung nicht unterzogen werden, sie sind innerhalb der Grenzen ihrer Wirksamkeit erschöpfend und werden so zu Zwangspflichten auch für das Civilrecht. Es sind, wie schon bemerkt, keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2, nicht der Verstoß als solcher, sondern nur eine durch den Verstoß verursachte und

verschuldete Rechtsverletzung macht haftbar, und es kann nicht jeder beliebige Schaden, sondern nur der in Folge einer Rechtsverletzung entstandene Schaden geltend gemacht werden.

Küntzel, Gruchots Beitr. **40** 677 ff. Nach Abs. 2 ist solcher durch Uebertretung eines gebietenden oder verbietenden Gesetzes entstehende Schaden zu ersetzen, dessen Verhütung das übertretende Gesetz bezweckt. Ein Ersatzanspruch steht allen zu, welche in Folge der Gebots- oder Verbotsvorschrift einen Schaden erleiden, dem dieses Gesetz vorbeugen wollte. So auch Neumann zu § 823.

b) Lenel, DJZ. **98** 411 meint, in Uebereinstimmung mit den Protokollen II. Lesung und entgegen der Erklärung der Regierungsvertreter in der Reichstagskommission, daß ein „den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz" ein Gesetz sei, dessen Uebertretung die Interessen bestimmter Einzelner verletze oder gefährde, und das gerade zum Zwecke des Schutzes dieser Interessen erlassen sei. Den Gegensatz bilden die Gesetze, deren Uebertretung die Interessen des Publikums, d. i. einer unbestimmt großen Anzahl von Personen, verletze oder gefährde, und die zum Zwecke des Schutzes dieser Gesammtinteressen erlassen seien. Ebenso Hachenburg, Vorträge 154: Es muß ein Gesetz vorliegen, das mit seinem Verbote die Interessen des Einzelnen schützen will, nicht die der Allgemeinheit.

c) Meisner, Recht d. Schuldv. 287 dagegen meint, daß zwar die Kommission f. d. II. Entw. eine Schadensersatzpflicht nur dann habe statuiren wollen, wenn das verletzte Gesetz nicht im allgemeinen Interesse erlassen sei, sondern den Schutz bestimmter einzelner Interessenten bezwecke. In der Reichstagskommission sei aber von den Regierungsvertretern ohne Widerspruch erklärt worden, es sei selbstverständlich, daß ein Gesetz, welches die Gesammtheit schützen solle, auch den Einzelnen schütze, daß also auch die Verletzung eines solchen Gesetzes schadensersatzpflichtig mache. Diese Auffassung sei nun auch, meint Meisner, mit dem Wortlaute des § 823 Abs. 2 sehr wohl vereinbar und entspreche dem materiellen Rechte. Deshalb sei anzunehmen, daß nach § 823 Abs. 2 derjenige, der gegen ein überhaupt Schadensverhütung bezweckendes Gesetz verstoße, dem dadurch unmittelbar Verletzten schadensersatzpflichtig sei. Ebenso anscheinend Jung a. a. O. 14 ff.

d) Schollmeyer a. a. O. 111 meint, das Gesetz müsse Rechtsgüter des Einzelnen, im Gegensatze zu den Rechtsgütern der Gesammtheit, zu schützen bestimmt sein.

e) Otto, SächsA. **9** 11: Es kommt beim Schutzgesetze darauf an, ob es zum Schutze des Einzelnen bestimmt ist. Nicht jedes Strafgesetz ist daher ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2. Ebenso Cohn, Gruchots Beitr. **43** 390. A. M. Jung 13 f.

f) Detmold, Festgabe der Göttinger Juristenfakultät für Regelsberger 319 ff. führt aus, daß § 823 Abs. 2 des BGB. sich nur auf solche Gebote und Verbote beziehe, die direkt den Schutz eines Einzelnen bezwecken, nicht aber auf solche, die zunächst den Schutz der Gesammtheit ins Auge fassen und nur dadurch auch dem Einzelnen zu Gute kommen.

„Gesetze, welche den Schutz eines Anderen bezwecken," sind nicht nur Gesetze des öffentlichen Rechtes, wie z. B. strafrechtliche und polizeiliche Normen, sondern auch civilrechtliche Gesetze. Dagegen kommen solche Gesetze nicht in Betracht, welche den Schutz der Allgemeinheit als solcher bezwecken, sondern nur solche, welche auf den Schutz einzelner Personen bedacht sind, dies aber auch dann, wenn die Gesetze allgemein gefaßt sind. Müller 379.

Da „Schutzgesetze" im Sinne des Abs. 2 des § 823 auch solche die Allgemeinheit und damit indirekt jeden Einzelnen schützenden polizeilichen Verordnungen sind, also auch Straßenpolizeiverordnungen, so ist damit auch genügender

Schutz gegen Verstöße und Schädigung seitens der Automobile gewährt. Vossen, DJZ. 02 432. S. oben I 9 s α.

g) RG. JW. 01 Beil. 173: Für die Anwendung des Abs. 2 des § 823 kommt es nicht darauf an, ob der das Schutzgesetz Verletzende bestimmte Folgen seines Verhaltens voraussehen mußte, sondern nur darauf, ob er in schuldhafter Weise das Gesetz übertreten hat.

3. a) v. Liszt 30 ff.: Die Tragweite des § 823 Abs. 2 kann, da der objektive Thatbestand gegenüber § 823 Abs. 1 nichts Neues bringt, nur auf der subjektiven Seite gesucht werden. Das Verschulden in Abs. 2 bezieht sich auf die Handlung ohne den Erfolg, also auf die Willensbethätigung (mit Einschluß der Unterlassungen) selbst. Dieses Ergebniß enthält eine Verschärfung der Haftung. Diese ist gerechtfertigt. Denn im Falle des Abs. 2 hat der Thäter nicht nur durch sein Verhalten die Verletzung eines fremden Rechtsguts bewirkt, sondern er hat dies gethan durch die Uebertretung eines zum Schutze dieses Rechtsguts bestimmten besonderen Gesetzes. Die Uebertretung dieses Schutzgesetzes kommt zur Rechtsverletzung hinzu. Sie ist das Plus, durch welches die Verschärfung der Haftung gerechtfertigt wird. Die Verschärfung geht nicht so weit, das von jedem Verschulden des Thäters abgesehen werden könnte. In Beziehung auf das, was er gegen Gebot oder Verbot gethan oder unterlassen hat, muß Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegen.

b) Die zum Ersatze verpflichtende Thatsache ist nur einfach der schuldhafte Verstoß gegen das gesetzliche Gebot oder Verbot; Abs. 2 macht die Ersatzpflicht nicht davon abhängig, daß dem Thäter auch die Entstehung des Schadens zur Schuld anzurechnen ist. Lenel 412.

Das im Abs. 2 geforderte Verschulden ist ein Verschulden im Sinne des Civilrechts. Wenn das Polizeirecht den Begriff des Verschuldens abweichend vom Civilrechte bestimmen sollte, so ist dies für die Frage der civilrechtlichen Verantwortlichkeit gleichgültig. Lenel 413.

c) Rümelin 239. Das Verschulden in Abs. 2 bezieht sich nur auf ein gesetzwidriges Verhalten. Nicht erforderlich ist die Voraussehbarkeit des entstehenden Nachtheils.

4. RG. JW. 02 Beil. 212: An die Verletzung eines Schutzgesetzes ist keine Vermuthung für das Vorhandensein des Kausalzusammenhanges geknüpft. Dieser muß im einzelnen Falle bewiesen werden.

5. Einzelne Schutzgesetze vgl. Neumann § 823 C. IV. Otto, SächsA. 9 11.

a) RG. 51 179. Die Wahl des Wortes „Gesetz" im § 823 Abs. 2 zeigt, daß in seinem Sinne als Gesetz auch die privatrechtlichen Gesetze, und mit ihnen das BGB. selbst, zu verstehen sind. § 123 BGB., § 3 Nr. 1 AusfGes., Cohn JW. 00 697; § 394 BGB. s. oben § 394 Ziff. 3b; § 909 BGB. RG. 51 177, JW. 02 Beil. 231; § 618 BGB., §§ 62, 75 HGB., 120a GewO.

b) § 7 UnlWettbGes. OLG. 5 239 (Celle).

c) Vgl. Cohn, Gruchots Beitr. 43 392 (Gewerbeordnung, Gesinderecht und ähnl.).

d) α. §§ 185 StGB. RG. 51 375, s. oben I 8 g; vgl. Linckelmann 27.

Der Anspruch auf Schutz gegen unberechtigtes Photographiertwerden mit Keyßner, Recht am eigenen Bilde, oder Kohler, Gewerbl. Rechtsschutz 5 196 auf ein allgemeines, neben dem kodifizirten Rechte bestehendes Recht der Persönlichkeit zu stützen, erscheint mangels einer gesetzlichen Grundlage nicht angängig. Liegt dagegen in dem Photographieren eine Beleidigung der photographierten Person,

so ist der Schutz des § 823 Abs. 2 gegeben, da dann gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz (§ 185 StGB.) verstoßen ist.

β. Wer seinen Gegner im Zweikampfe verletzt oder tödtet, befindet sich nach Hilse, Gegenwart **59** 376 in Ausübung einer nach § 202 StGB. strafsfälligen, also unerlaubten Handlung, woraus für ihn die Verpflichtung zur Schadloshaltung der wirthschaftlichen Nachtheile im Umfange der §§ 843, 844 BGB. entsteht. Bei der Studentenmensur kann aus § 832 BGB. die subsidiäre Haftung des Vaters, welcher seinem minderjährigen Sohne den Beitritt zu einer schlagenden Verbindung ermöglicht, entspringen.

γ. § 253 StGB.: Unter die den Schutz eines Anderen bezweckenden Gesetze fällt § 253 (Erpressung), wobei zu berücksichtigen ist, daß ein an sich erlaubter Vermögensvortheil widerrechtlich werden kann, wenn er durch eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung erzielt wird. RG. **48** 124, JW. **01** 349.

δ. § 288 StGB. OLG. Naumburg, R. **01** 435: Wer eine behufs Täuschung der Gläubiger simulirte Auflassung entgegennimmt, macht sich der Beihülfe zum Vergehen gegen § 288 StGB. schuldig und verstößt gegen § 823 Abs. 2.

ε. § 367 Ziff. 8 StGB. RG. Gruchots Beitr. **46** 949, SächsA. **12** 20, JW. **02** Beil. 231. OLG. **2** 455 (KG.).

ζ. § 367 Ziff. 12 StGB. RG. Gruchots Beitr. **46** 375: Im § 367 Ziff. 12 StGB. wird nicht ein bloßes Außerachtlassen des Polizeigesetzes, sondern ein konkretes Verschulden erfordert. Ein Versehen in Betreff der Nichtbeseitigung des gefahrdrohenden Zustandes einer Landstraße besteht darin, daß dieser Zustand längere Zeit bestanden hat, ohne daß zu seiner Abhülfe etwas geschehen ist.

RG. JW. **01** Beil. 172 (SächsA. **12** 91); Verwahrung von Luken auf Speichern. RG. JW. **02** Beil. 231 und Gruchots Beitr. **46** 926 s. oben I 9 e. Vgl. OLG. Braunschweig, SeuffA. **55** 282.

OLG. Naumburg, R. **02** 180: Sind Thiere in Folge von Nichtbeachtung des § 367 Ziff. 12 verunglückt, so findet § 823 Abs. 2 keine Anwendung.

η. § 367 Ziff. 14 StGB. RG. **51** 178 und JW. **02** Beil. 231: Die Strafvorschrift des § 367 Ziff. 14 StGB. dient den allgemeinen Interessen und auch dazu, die Interessen des Einzelnen zu schützen. Da sie nicht auf die Sicherung von Menschen beschränkt ist, so umfaßt sie auch den Schutz des Eigenthums gegen Baugefahren; sie dient mithin nicht minder zum Schutze von Privatgebäuden als zum Schutze des öffentlichen und privaten Verkehrs des Publikums. Sie ist ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2. Ebenso OLG. **2** 456 (Hamburg).

RG. Seuff. A. **56** 44 und Gruchots Beitr. **45** 1051. Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 ist § 367 Ziff. 14 StGB.: Diese Bestimmung soll nur verhüten, daß durch den Abbruch eines Bauwerkes Leben und Gesundheit sowie Eigenthum gefährdet werden. Der Abbrechende braucht keine Vorsichtsmaßregeln zu treffen, die darauf abzielen, den nach erfolgtem Abbruch etwa in Folge davon, daß dem Nachbarhause durch den Abbruch eine in dem abgebrochenen Hause vorhandene Stütze entzogen wird, eintretenden Unfällen dauernd vorzubeugen. Es ist Sache des Eigenthümers, dafür zu sorgen, daß sein Haus nach dem Abbruche selbständig fortbesteht.

e) Schutzgesetz ist auch § 50 II. 12 ALR. (Schulzucht) (Nr. 4 der All. KO. v. 14. 5. 25, GS. 149), der als Theil des öffentlichen Rechtes noch gilt. Haase, Die Haftpflicht der Lehrer, Preuß. Volksschularchiv **02** 1. Heft (8).

§ 824. 1. v. Liszt 36 ff.: § 824 lehnt sich an die §§ 186, 187 StGB. an. Dennoch weicht er in verschiedenen Beziehungen von dem StGB. ab.

a) Die Unterscheidung des StGB. zwischen übler Nachrede (§ 186) und Verleumdung (§ 187) ist dem BGB. fremd.

b) Durch die Kreditgefährdung, die das StGB. nur in den Fällen der Verleumdung mit der Beleidigung gleichstellt, wird nach BGB. die Ersatzpflicht begründet, ohne Rücksicht darauf, ob die Behauptung der gefährdeten Thatsachen in gutem oder in bösem Glauben erfolgt ist.

c) Der Gefährdung des Kredits ist die Gefährdung des Erwerbes oder Fortkommens gleichgestellt, während das StGB. nur die erstere, nicht aber die letztere kennt.

§ 824 erfordert Verschulden. Dieses muß sich auf die Unwahrheit der behaupteten oder verbreiteten Thatsache beziehen. Zweifelhaft ist es, ob es sich auch auf die gefährdende Bedeutung der Handlung beziehen muß, also auf Eignung der behaupteten oder verbreiteten Thatsachen, Nachtheile für den Kredit, den Erwerb oder das Fortkommen eines Anderen herbeizuführen. In entsprechender Weise wie für § 823 (s. oben § 823 Vorbemerkung Ziff. 6 a) wird man für § 824 die Ersatzpflicht selbst dann annehmen müssen, wenn der Thäter den Eintritt des Schadens nicht voraussehen konnte, wenn ihm also der gefährdende Charakter seiner Behauptung unbekannt geblieben ist und die Unbekanntschaft nicht einmal von ihm hätte vermieden werden können.

2. Biberfeld, Gruchots Beitr. **42** 367 ff.: Wenn Jemand in Beziehung auf einen Anderen eine an sich unwahre Behauptung thatsächlicher Art aufstellt, die normaler Weise bei vernünftigen Menschen diesem Anderen nicht schaden kann oder nicht zu schaden pflegt, so wird gegen den, der sie aufgestellt hat, ein Schadensersatzanspruch dann nicht geltend gemacht werden können, wenn wider Erwarten ein solcher Nachtheil in Folge jener Mittheilung dennoch eingetreten ist. Es kommt nicht darauf an, ob der Mittheilende bei seinen Angaben sich dessen bewußt war, daß sie in der angegebenen Richtung nachtheilig zu wirken geeignet seien, vielmehr trifft ihn die Ersatzpflicht auch dann, wenn er zur Zeit, als er seine Behauptungen aufstellte oder verbreitete, diese ihnen thatsächlich innewohnende Eigenschaft nicht kannte. Nicht erforderlich ist, daß die Person dessen, auf den die Mittheilungen sich bezogen, identisch ist mit demjenigen, für den ein Nachtheil daraus erwachsen ist. Die diesen letzteren hervorrufenden Angaben brauchen überhaupt nicht nothwendig ein bestimmtes Individuum oder auch nur Menschen im Allgemeinen zu betreffen, sie können sich auch auf gewisse Zustände, Ereignisse, Erscheinungen und dergl. beziehen. Ersatz kann nur für den bereits eingetretenen Schaden verlangt werden, nicht für den erst bevorstehenden.

Verhältniß des § 824 zu §§ 823, 826 BGB. (384); zu §§ 187, 188 StGB. und §§ 6 und 7 des Reichsgesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes (373 ff.).

3. a) Verletzung der Ehre s. oben § 823 Ziff. I 8 g. **RG. 51** 375. Durch den § 824 wollte man eine Sonderbestimmung gegen die üble Nachrede gerade für die Fälle treffen, wenn der Thatbestand des § 186 StGB. nicht vorliegen, und daher der Schutz des § 823 Abs. 2 BGB. nicht gegeben sein würde.

b) **RG.** JW. **02** Beil. 264. Der Thatbestand des § 824 liegt vor, wenn in einem Reichsmedizinalkalender beim Namen eines Arztes der Zusatz gemacht wird „Arzt für Naturheilverfahren". Zu prüfen ist, welchen Sinn die Leser des Kalenders, insbesondere Aerzte in der Bemerkung finden, ob nicht wenigstens ein Theil der Leser darin die Behauptung einer den Erwerb des Klägers nachtheiligen Thatsache findet.

c) Anwendung auf das Gesinderecht, Nußbaum, Preuß. GesindeO. Anm. 1 zu § 97.

4. **RG. 51** 378. Berechtigte Interessen sind wie im § 193 StGB. diejenigen, deren Wahrnehmung rechtlich erlaubt ist, welche nicht dem Rechte oder den guten Sitten zuwiderlaufen (**RG.** i. Straff. **15** 15; **25** 355; **26** 76). Auch

die Wahrnehmung fremder Interessen ist gestattet, nach § 193 StGB. wenigstens dann, wenn der Handelnde zu deren Wahrnehmung berufen war, oder die Angelegenheit ihn auch selbst nahe angeht, nach § 824 in der hier gesetzlich bestimmten Grenze. Während für den § 193 StGB. ein nur vermeintliches Interesse genügt, verlangt § 824 ein objektiv berechtigtes Interesse, zum Ausschlusse der Schadensersatzpflicht genügt nicht die subjektive irrige Annahme einer solchen (ebenso v. Liszt 38, Biberfeld a. a. O. 387).

5. Der Schädiger muß beweisen, daß er die Unwahrheit nicht kennt und auch nicht kennen muß. Rosenberg, Beweislast 120, 130; vgl. **RG. 51** 380.

6. Verhältniß des § 824 zu § 6 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes.

a) Staub, Unl. Wettbew. **1** 7. Während § 824 subjektive Verschuldung voraussetzt, ist im § 6 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes Verschulden nicht erfordert; es genügt für § 6, daß die aufgestellten Behauptungen nicht erweislich wahr sind (vgl. Biberfeld a. a. O. 370). Wer auf Grund der eigenen Behauptungen des Konkurrenten über diesen Behauptungen aufstellt, verstößt nicht gegen § 6. Jeder muß das als wahr gegen sich gelten lassen, was er selbst sagt.

b) Axster, Unl. Wettbew. **1** 123: Im Verhältnisse des BGB. § 824 zum § 6 Unl. WettbewGes. ist das BGB. das weitere Gesetz. Bezüglich der Beweislast in Betreff der Wahrheitswidrigkeit besteht eine wesentliche Abweichung beider Bestimmungen. Während das Spezialgesetz von dem Schädiger den Beweis der Wahrheit seiner Behauptungen verlangt, legt das BGB. dem Geschädigten den Nachweis auf, daß die behauptete Thatsache wahrheitswidrig ist, und daß der Schädiger die Wahrheitswidrigkeit, wenn auch nicht kannte, so doch jedenfalls kennen mußte. Die Stellung des Geschädigten ist im Spezialgesetz eine günstigere. Vgl. Marcus, R. **01** 425.

§ 825. 1. v. Liszt 38 ff. Die Ersatzpflicht tritt ein, auch wenn die Bestimmung zum Beischlafe nach dem StGB. keine strafbare Handlung ist. Unbescholtenheit ist nicht erforderlich, ebensowenig jugendliches Alter und Verführung. Das BGB. geht weit über § 182 StGB. hinaus. Unter Hinterlist ist die „Vorspiegelung, Entstellung oder Unterdrückung von Thatsachen" zu verstehen. Hierher gehört das Beibringen von berauschenden Getränken, von deren Wirkung die Frauensperson keine rechte Vorstellung hat. Drohung ist das Inaussichtstellen irgend eines Uebels, um dadurch auf die Willensentschließung zu wirken. Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses: dieser Begriff greift über § 174 StGB. hinaus. Gewalt ist in § 825 nicht erwähnt; Nöthigung zum Beischlafe fällt unter § 823 Abs. 1.

Der Vorsatz muß sich auf die Anwendung der durch das Gesetz geforderten Mittel der Bestimmung erstrecken. Voraussehbarkeit der Entstehung des Schadens ist nicht gefordert.

§ 825 bedeutet eine Einschränkung des § 823 Abs. 1. Die Geschlechtsehre ist ausschließlich durch § 825 geschützt und scheidet aus dem Umkreise der im § 823 Abs. 1 geschützten Rechtsgüter aus. § 825 schützt nur das Weib. Verführung eines männlichen Kindes fällt nicht unter § 825, aber, wenn der aufgestellte Satz richtig ist, auch nicht unter § 823 Abs. 1. Ueber das Verhältniß von § 825 zu § 847 Abs. 2 vgl. auch zu § 847.

2. Diese Bestimmung enthält ein spezielles civilrechtliches Delikt und schützt nicht die Geschlechtsehre, sondern den weiblichen Körper gegen Mißbrauch. Dieses Delikt stellt sich als ein gegen die Freiheit, insbesondere auch des Willens gerichtetes Vergehen dar. Die Unbescholtenheit des Verletzten ist kein Erforderniß für den Schutz des § 825 BGB. Die Schadenshaftung hat

also nicht ihren Grund in dem außerehelichen Beischlafe, sondern in dem Verstoße gegen die Willensfreiheit der Frau. Deshalb entfällt auch bei Ansprüchen von über 300 M. die amtsgerichtliche Zuständigkeit und ist die des Landgerichts gegeben. Die Kompetenzbestimmung des § 23 Nr. 2 GVG. findet keine Anwendung. Meyer, Seuff. Bl. **67** 88 ff.

Auch für diese Klage ist das Amtsgericht zuständig. Friedrichs, Prozeßpraxis 803.

3. Die Voraussetzungen des § 825 sind nicht schon dann gegeben, wenn der Dienstherr eine Frauensperson, die in einem Abhängigkeitsverhältnisse zu ihm steht, zum Geschlechtsverkehr überredet. Von einem „Mißbrauche" kann vielmehr nur die Rede sein, wenn der Dienstherr bei der Ueberredung auf das Abhängigkeitsverhältniß in solcher Weise Bezug nimmt, daß dadurch ein Einfluß auf die Entschließung der Frauensperson ausgeübt werden kann nnd wenn die Frauensperson dadurch thatsächlich zu ihrem Entschlusse bestimmt oder mitbestimmt worden ist. OLG. **2** 210 (Hamburg); OLG. Karlsruhe, R. **02** 482.

§ 826. 1. a) Die Ersatzpflicht aus § 826 kann auch dann eintreten, wenn der in unsittlicher Weise vorsätzlich Schädigende dabei ein ihm zustehendes Recht ausübt (§ 226). Jung 44.

Ebenso bejaht die Ersatzpflicht bei chikanöser Rechtsausübung Hachenburg 13 und Planck, Komm. zu § 226.

Die Bestimmung des § 826 ist als Ersatz der allgemeinen actio doli zu betrachten. Jung 46. Ebenso Meisner zu § 826.

b) Der Vorsatz muß sich auf die Herbeiführung des Schadens beziehen, dagegen braucht er sich nicht auf die Illoyalität der Handlung zu beziehen. Der § 826 bezieht sich nicht auf rein vertragswidriges Verhalten. v. Liszt 43.

Es muß verlangt werden, daß der Vorsatz unmittelbar auf die Schadenszufügung gerichtet sei, das bloße Wissen kann den Vorsatz nicht ersetzen. Friedrichs, R. **01** 587 gegen Meyer das. 533.

2. a) Linckelmann 31. Verletzter ist derjenige, dessen Recht oder Interesse verletzt oder gegen welchen die Schadenszufügung bei dem Verstoße gegen die guten Sitten unmittelbar gerichtet ist. Liegt der Thatbestand der Verletzung eines Rechtes oder eines gesetzlich geschützten Interesses vor, so wird ein in Mitleidenschaft gezogener Dritter, welcher bei dem Rechte oder dem Interesse nicht betheiligt ist, die Verletzung nicht ohne Weiteres als einen Verstoß gegen die guten Sitten geltend machen können: insofern schließt der Thatbestand aus § 823 den Thatbestand aus § 826 aus.

b) Die Schadenszufügung kann in der Beeinträchtigung einer thatsächlichen Erwerbsaussicht bestehen. RG. **48** 124, JW. **01** 349.

3. a) Den Begriff der guten Sitte hat der Richter dem herrschenden Volksbewußtsein zu entnehmen; doch ist dabei nicht ausgeschlossen, daß auf die die herrschende Sitte zum Ausdrucke bringende Sittenanschauung eines bestimmten Volkskreises (z. B. im Handelsverkehr auf die Anschauungen des ehrbaren Kaufmanns) Rücksicht genommen wird, wobei aber zwischen Sitte und Geschäftspraktik, die oft sogar Unsitte sein kann, zu unterscheiden ist. RG. **48** 124, JW. **01** 349. Vgl. o. zu § 138 Ziff. 1 a. E.

b) RG. **51** 383; JW. **02** Beil. 256. Die Frage, ob eine bestimmte Handlung einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält, ist eine der Nachprüfung des Revisionsgerichts unterstehende Rechtsfrage. Vgl. RG. **48** 114 ff.

4. § 826 im gewerblichen Lohnkampfe.

a) Baum, Gewerbegericht 8 Sp. 17 ff. Die Frage, was innerhalb eines bestimmten Standes als „gute Sitte" zu gelten hat, wird sich in den meisten Fällen aus dem Kreise der Standesgenossen feststellen lassen. Dies ist aber

dann nicht möglich, wenn sich im Konkurrenzkampfe nicht die Genossen desselben Standes, sondern verschiedene Stände gegenüber stehen.

Der Arbeitgeber wird nur in seltenen Fällen zugleich als Arbeitnehmer, der Arbeiter nur selten auch als Arbeitgeber auftreten, und beide werden daher nur sehr schwer sich geneigt finden, ihre Handlungen auch von dem Standpunkte der Gegenseite aus zu beurtheilen, zumal hier die angeblich unsittliche Handlung nicht gegen, sondern in vielen Fällen sogar für den Standesgenossen wirkt. Die Anschauungen werden sich daher hier oft diametral gegenüber stehen. Für die Feststellungen des Begriffs der „guten Sitten“ ist nicht der einseitige Klassenstandpunkt der durch die Handlung verletzten Gegenpartei maßgebend, ebensowenig der Standpunkt eines außenstehenden, unparteiischen Dritten, etwa des Berufsrichters. Nur dann verstößt eine Handlung gegen die guten Sitten, wenn sie nicht nur den Anschauungen der durch sie verletzten Klasse, sondern auch den Anschauungen der Klasse des Thäters widerspricht. Entspricht der Sittlichkeitsbegriff einer Klasse nicht den Interessen der Volksgesammtheit, so kann der Richter trotzdem nicht der betreffenden Klasse ein neues Sittengesetz oktroyiren. Da eine Klassenmoral durch das bestimmt wird, was die betreffende Klasse als ihren Vortheil ansieht, so wird es in einem Kampfe, in dem die Interessen der verschiedenen Klassen auf einander stoßen, unverhältnißmäßig wenig Punkte geben, wo die Klassenmoral ein Verhalten gegen die gegnerische Klasse als unsittlich ansieht. Sowohl § 826 wie § 138 BGB. erfordern die positive Feststellung, daß die Handlung den guten Sitten zuwiderläuft. Kann diese Feststellung nicht mit Sicherheit getroffen werden, dann dürfen die Bestimmungen nicht angewendet werden; hieraus ergiebt sich, daß ihrer Anwendung engere Grenzen gezogen werden müssen, als heute vielfach angenommen wird.

b) **RG. 51** 383 f., **JW. 02** Beil. 256: In der Fabrik der Beklagten hatten die Arbeiter, darunter auch die Kläger, die Arbeit niedergelegt. Seitens der Beklagten wurde ein Rundschreiben an die Firmen ihrer Branche erlassen, in welchem, unter Darlegung der Streitigkeiten, die Bitte an die Firmen gerichtet wurde, die entlassenen Arbeiter nicht aufzunehmen. Das **RG.** führt aus: Die von der Beklagten an ihre Berufsgenossen gerichtete Mittheilung enthält insoweit als darin eine (wahre oder wenigstens von der Beklagten für wahr gehaltene) Darstellung der betreffenden Vorgänge gegeben wird, nichts, was den guten Sitten zuwiderliefe. Der Schwerpunkt des Rundschreibens liegt in der Bitte, die Arbeiter nicht einzustellen. Erlaubt und an sich nicht unsittlich war auch hierbei der von den Beklagten verfolgte wirthschaftliche Zweck, in dem Lohnkampfe ihre Lohnbedingungen durchzusetzen und den Widerstand der Arbeiter zu brechen. Nicht jedes Mittel ist freilich rechtlich und sittlich erlaubt, um jenen Zweck zu erreichen; auch der Ausübung des Koalitionsrechtes sind insofern gewisse Schranken gesetzt. Die in den gewerblichen Lohnkämpfen zur Anwendung gebrachten Maßregeln, wie Streik und Aussperrung, werden gewöhnlich die Bedeutung eines auf den anderen Theil geübten Druckes oder Willenszwanges haben und auf die materielle Schädigung des Gegners abzielen, ohne daß man deshalb solchen Maßregeln immer den Charakter einer sittlich verwerflichen Handlung beilegen dürfte. § 826 bietet ein Mittel, um Ausschreitungen und Auswüchsen des gewerblichen Wett- und Lohnkampfs entgegenzutreten, wo sonst hierzu die straf- und civilrechtlichen Vorschriften über unerlaubte Handlungen nicht ausreichen würden. Maßregeln wie Geschäftssperre oder Boykott können nach Umständen in das Gebiet des § 826 fallen, insbesondere wenn damit eine Verrufserklärung verknüpft ist. Das Aufstellen einer sogenannten schwarzen Liste, wodurch die Annahme bestimmter Arbeiter widerrathen wird, enthält eine solche Verrufserklärung nicht immer und nothwendig. Ueberhaupt wird es für die

Anwendung des § 826 gegenüber derartigen Maßregeln stets auf die Umstände des konkreten Falles, auf die Art und Weise der Einwirkung auf die Willensfreiheit des Gegners und der über denselben verhängten Nachtheile ankommen. Eine Handlung, welche zum Zwecke oder Erfolg hat, die gewerbliche Existenz des Gegners im Lohnkampfe völlig zu untergraben, ihn dauernd erwerbs- und brotlos zu machen, wird anders zu beurtheilen sein, als eine Maßregel, die nur darauf abzielt, dem Gegner vorübergehend, für die Dauer des Lohnkampfes, die Erwerbsmöglichkeit in dem betreffenden Geschäftszweig abzuschneiden, ihn hierdurch zum Nachgeben und zur Unterwerfung unter die gestellten Bedingungen zu nöthigen.

c) Brückmann, Das Reichsgericht und die „Schwarzen Listen", JW. **02** 626 ff. vertritt in Anknüpfung an das Urtheil v. 29. 5. 02 (**RG. 51** 369 ff.) den Standpunkt, daß das **RG.** die „Schwarzen Listen" gerade in ihren typischen Fällen, zu denen der in dem Erkenntnisse behandelte keineswegs gehöre, für wider die guten Sitten und daher die Veröffentlichung in ihnen als die Schadensersatzpflicht begründend erachten müsse. Folgende Gesichtspunkte kommen in Betracht:

α. In allen Regelfällen handelt es sich — wie bei dem im **RG. 28** 238 ff. erörterten Sortimenterfall Mayer u. Müller — um eine Vereinigung, der eine imponirende und autoritative Bedeutung in denjenigen Kreisen beigemessen wird, auf die der Geächtete behufs Verwerthung seiner Arbeitskraft ganz oder vorzugsweise angewiesen ist. Die Verrufserklärung kennzeichnet ihn nicht nur als des Verkehrs in dem bestimmten Kreise persönlich unwürdig, sondern macht ihm einen geschäftlichen und beruflichen Verkehr in diesem Kreise völlig unmöglich: die gewerbliche Existenz ist völlig untergraben.

β. Die Zwecke der betr. Vereinigungen, die genossenschaftliche Selbsthülfe, steht zwar auf dem Boden des Gesetzes (§ 152 RGO.); aber das System der Aussperrung in Verbindung mit den Konventionalstrafen ist ein völlig freigewähltes und wird von der GO. nicht gedeckt, — sicherlich auch nicht von dem § 125 das. (näheres a. a. O.), der ganz andere Zwecke verfolgt.

γ. Es ist zwar richtig, daß sich der Fall der kontraktbrüchigen Arbeiter insofern von dem Sortimenterfall unterscheidet, als das Schleudern weder rechtswidrig noch unsittlich ist, der Kontraktbruch aber eine Rechtswidrigkeit enthält. Aber es muß gleichwohl der Satz von der Relativität der betreffenden Maßnahmen, der Verhältnißmäßigkeit der Rechtswidrigkeit aufgestellt werden. Es kann nicht jedes rechtswidrige Verhalten die schwersten Maßregeln nach sich ziehen. Der Kontraktbruch aber, auf den in der unter α (oben) gedachten Weise reagirt wird, steht in keinem Verhältnisse zu der Reaktion, der Unrechtsfolge selber, — geht doch aus dem Gesetz, insbes. der RGO. (§§ 124 b, 125, 152, 111 Abs. 3, 4, 112, 113 Abs. 3) selbst die Abneigung des Gesetzgebers gegen eine Erschwerung der Existenzbedingungen der gewerblichen Arbeiter selbst für den Fall eines schuldhaften Verhaltens hervor.

δ. Hierzu kommt ein ethischer und sittlicher Grund: So schädlich und bekämpfenswerth der Vertragsbruch an sich auch event. erscheinen mag, so kann er in diesem und in jenem Falle ein durchaus verschiedenes Gesicht haben; dort ein doloser, niederträchtiger Racheakt sein, hier sich an der Grenze der „wichtigen Gründe" aus §§ 124, 124 a GO. bewegen, also ein durchaus subjektives Gepräge tragen, und ein dort kontraktbrüchiger Arbeiter kann hier zu den besten und fähigsten

gezählt werden. So würde viel fähiges und tüchtiges Material vernichtet und dem gemeinen Besten viel mehr geschadet als den Arbeitgebern genützt, — was in Zeiten der Theuerung der Arbeitskräfte hart auf sie zurückschlagen kann. (Ueber die Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte und ihre prinzipielle Zulässigkeit s. a. a. O. 629 Anm. und oben zu § 138 Ziff. 1 a. E.)

ε. Schließlich: nicht an bestimmte, konkrete, offen zu Tage liegende Thatsachen (wie in dem Sortimenterfalle) knüpft sich die Verrufserklärung, sondern an eine einfache Mittheilung, an ein durchaus subjektives Urtheil, an eine einseitige Parteibehauptung, an eine Darstellung eines in der erheblichsten Weise interessirten Streittheiles, deren thatsächliche Unterlagen völlig im Dunkeln liegen und von keinem nachgeprüft werden können.

ζ. Möglich ist natürlich ebensowohl, daß auch für den umgekehrten Fall die Unsittlichkeit der schwarzen Listen der Arbeiter ausgesprochen werden muß.

η. Und möglich ist auch, daß Verrufserklärungen nicht unter § 826 fallen, wenn gewisse Garantien für die Sicherheit ihrer Unterlagen und das Verfahren bestehen (Näheres a. a. O. 630). —

Aehnlich Stammler, Lehre von dem Richtigen Rechte 486 f., auch 442, cit. bei Brückmann im „Nachtrag“, a. a. O. 630.

d) LG. II Berlin, KGBl. 02 106: Ein Arbeiter, welcher durch die dem Arbeitgeber gegenüber ausgesprochene Drohung, daß die bei dem Arbeitgeber beschäftigten Arbeiter die Arbeit niederlegen würden, die Entlassung eines Arbeiters durchsetzt, welcher einer gewerkschaftlichen Arbeiterorganisation nicht beigetreten ist und auch nicht beitreten wollte, ist dem entlassenen Arbeiter schadensersatzpflichtig. Denn es verstößt gegen die guten Sitten, wenn Jemand, um seine eigenen oder seiner Genossen wirthschaftliche oder politische Interessen zu fördern, seine augenblickliche Ueberlegenheit dazu mißbraucht, einen Vertrag, welcher den berechtigten wirthschaftlichen Interessen Anderer dient, entgegen dem Willen der Vertragschließenden zur Auflösung zu bringen, zumal wenn wie hier infolgedessen der eine Vertragstheil brotlos und in eine augenblickliche Notlage versetzt wird.

5. Verhältniß zum Wettbewerbsgesetze. Vgl. §§ 823 VI 9 s γ S. 472, 824 Ziff. 6.

a) § 826 ist geeignet und vom Gesetzgeber bestimmt, eine Schutzwehr gegen illoyale Handlungen in umfassender Weise zu gewähren, namentlich für den geschäftlichen Verkehr, soweit nicht durch Spezialgesetze deswegen Vorsorge getroffen ist. Demzufolge ergänzt § 826 insbesondere das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, da letzteres das Gebiet des unlauteren Wettbewerbes nicht ausschließend geregelt, sondern sich nur auf Bekämpfung gewisser besonders ausgeprägt zu Tage getretener Auswüchse mißbräuchlichen Wettbewerbes beschränkt hat.

Auch die Ausübung eines formalen Rechtes kann unter § 826 fallen, wenn dadurch vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem Anderen Schaden zugefügt wird. RG. 48 114, JW. 01 349.

b) § 826 beruht wie das Wettbewerbsgesetz auf folgender Rechtsanschauung: Aus dem Grundsatze der Gewerbefreiheit folgt das Entstehen und Bestehen vieler gleicher oder gleichartiger Erwerbsgeschäfte, die alle nach möglichst viel Kundschaft streben, wodurch der Wettbewerb entsteht, nicht als ein subjektives Recht jedes Gewerbetreibenden, sondern als ein Ausfluß der jedem Menschen kraft der allgemeinen Freiheit zustehenden Freiheit des Handelns. § 826 und das Wettbewerbsgesetz wollen diese Freiheit nicht hindern, wohl aber ihren Mißbrauch durch Handlungen, die gegen die im Handel und Verkehr üb-

lichen Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen und geeignet sind, den Absatz, die Kundschaft, den Betrieb von Geschäften, den Kredit von Erwerbsgenossen zu schädigen, als Verstoß gegen die guten Sitten, als unlauter, als Delikt, verbieten. Finger, ZZtsch. f. Elf.-Lothr. **21** 471 ff., WettbewGes. 7 ff.

Die Lücken, welche das kasuistische Wettbewerbsgesetz läßt, werden durch § 826 ausgefüllt. Er hat nach Wortlaut, Sinn und Entstehungsgeschichte denselben Zweck wie die §§ 15, 16 des Waarenbezeichnungsgesetzes und wie das Wettbewerbsgesetz: die Bekämpfung der illoyalen Handlungen des unlauteren Wettbewerbes, aber nicht nur einzelner, sondern aller Formen desselben. Daher ist er überall heranzuziehen, wo die genannten Sondergesetze versagen. Im Gegensatze zu diesen schützt er jedoch nicht nur die Geschäftstreibenden, sondern auch deren Kundschaft, das kaufende Publikum. Finger a. a. O. Im Einzelnen Finger, WettbewGes. 33, 43, 62, 69: Verhältniß zwischen § 826 und § 1 des WettbewGes. 174, 176: § 6 des WettbewGes. gilt gegenüber §§ 823 Abs. 2, 824, 826 BGB., so daß zum Schadensersatzanspruch aus § 6 ein Verschulden des Thäters nicht erforderlich ist. § 6 dient der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, § 824 BGB. ist für alle außerhalb dieses Gebiets liegenden Fälle übler Nachrede anwendbar. Betriebs- und Kreditschädigungen durch andere als die im § 6, § 824 genannten Mittel können unter § 826 fallen: Boykottiren, Ringbildung, andere durch Anwendung von Drohungen, Gewalt oder Arglist herbeigeführte Schädigungen von Betrieb oder Kredit. 186 ff., 224, 231, 235: Verhältniß zwischen § 826 und § 8 des WettbewGes. 255, 276, 280 ff.: Verhältniß zwischen § 826 und § 9 des WettbewGes. 296 ff.: Die Verjährung des § 11 des WettbewGes. gilt auch gegenüber dem § 852 BGB., für Ansprüche aus § 826 kommt jedoch § 852 zur Anwendung. 329: Die Bestimmungen über die Buße bleiben gegenüber dem BGB. in Kraft. Aus § 826 folgt kein Bußanspruch. 341: Nur das Wettbewerbsgesetz verlangt die Gegenseitigkeit, § 826 nicht. Beim Mangel derselben kann sich der Ausländer auch im Gebiete des Wettbewerbsgesetzes auf § 826 berufen. Vgl. **RG. 48** 115 ff.

c) Axster, Unl. Wettb. **1** 119 ff. Allgemeine Ergebnisse:

α. Negativ. Das BGB. greift da nicht ein, wo es sich handelt:

αα. um strafrechtlichen Schutz,

ββ. um ein Vergehen gegen unl. Wettb. seitens anderer Personen und Personenverbände, als des direkt Geschädigten

β. Positiv. Das BGB. gewährt, soweit es überhaupt Fälle des unl. Wettb. trifft, ebenso wie das Ges. v. 27. 5. 1896 dem Geschädigten sowohl einen Schadensersatz- als auch einen Unterlassungsanspruch.

Dieser Schutz des BGB. kann in zweifacher Weise Platz greifen, und zwar erweiternd (in Fällen, welche sowohl durch das BGB. als auch durch das Ges. v. 27. 5. 1896 getroffen werden) und ersetzend (in Fällen, welche nicht durch das Ges. v. 27. 5. 1896, wohl aber durch das BGB. getroffen werden).

§ 1 des Ges. v. 27. 5. 1896 steht nicht nur dem direkt Geschädigten zu, wohl aber § 826 (123).

Der Rahmen des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes ist durch § 826 bedeutend erweitert. Jede Wettbewerbshandlung, welche, gegen die guten Sitten verstoßend, auf vorsätzliche Schädigung eines Anderen abzielt, ist zur unerlaubten gestempelt. Marcus, R. **01** 425 f.

d) Das Wettbewerbsgesetz wird allgemein durch §§ 823, 826 ergänzt; obwohl das Gesetzbuch nur von der Schadensersatzklage spricht, so ist doch auch die Unterlassungsklage auf Grund der genannten Vorschriften möglich, die noch

über den Umfang der ersteren hinausgeht; im Gegensatze zu der Schadensersatzklage spielt bei der Unterlassungsklage das Schuldmoment keine Rolle, die objektive Rechtswidrigkeit genügt, auf den Erfolg der Rechtswidrigkeit kommt es nicht an; die Besorgniß ferneren Eingriffs in die Rechtssphäre bildet nur insoweit eine Voraussetzung, als die Fortsetzung des unerlaubten Handelns nicht ganz ausgeschlossen sein darf. Auch dann ist die Klage zuzusprechen, wenn der rechtswidrige Zustand in dem Zeitpunkte des Erlasses des Urtheils nicht mehr besteht, aber im Augenblicke der Rechtshängigkeit bestanden hat. Schadensersatzklage und Unterlassungsklage sind im Verhältnisse zu einander durchaus selbständig, so daß die erstere begründet sein kann, während die letztere es nicht ist; auch kommt es vor, daß trotz des Vorhandenseins der Voraussetzungen für die Schadensersatzklage dieselbe der Person nicht zusteht, welche die Unterlassungsklage geltend machen kann, ein Beispiel bietet § 1 des Wettbewerbsgesetzes; den daselbst genannten Personenvereinen steht zwar die Unterlassungsklage zu, dagegen nicht die Schadensersatzklage. Fuld, Unterlassungsklage u. Schadensersatzklage, SächsA. **12** Heft 5/6. Vgl. ferner Finger, Unl. Wettb **1** 36; Wassermann, ebd. **1** 54, **2** 48; Tauber, ebenda **1** 78: § 823 Abs. 2 und § 826 geben Schutz auch gegen Nachbildung nicht eingetragener Muster und Modelle. Dagegen Friedrichs, ebenda **1** 111.

6. § 826 und die Kartelle. Bachem, Unl. Wettb. **1** 34 f.: § 826 findet Anwendung bezüglich des terroristischen Druckes großgewerblicher Syndikate auf widerstrebende Gewerbsgenossen. Vgl. **RG. 51** 384; ferner: Waentig und Landesberger in Verhdlg. d. 26. Deutsch. JurTages I 63 ff. und II 294 ff. (bes. 350); Juliusberg, Die Kartelle und die Deutsche Kartellgesetzgebung 31 ff.

7. Einzelne Fälle.

a) Allgemein ist wegen Nichtverhinderung eines Schadens haftbar, wer gewissenlos oder in einer an Gewissenlosigkeit grenzenden Leichtfertigkeit einen Zustand duldet, der zur Beschädigung eines Anderen führen muß. Ebbecke, Grundsätze 60.

b) Maenner, Recht der Grundstücke 117 hält in der Anwendung des § 826 auf dem Gebiete des Sachenrechts Vorsicht für geboten und bezweifelt, ob die vorsätzliche Schädigung eines Anderen durch Ausübung eines dinglichen Rechtes, abgesehen von den schon durch § 226 getroffenen Fällen, als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden kann.

OLG. Celle, Seuff. A. **56** 264: Die Ausübung eines Rechtes verstößt nur dann gegen die guten Sitten, wenn sie von der Rechtsordnung nicht anerkannt wird. Dies ist nach § 226 nur dann der Fall, wenn die Ausübung des Rechts nur den Zweck haben kann, einen Anderen zu schädigen.

c) LG. Metz, R. **01** 143: Der Käufer, der das auf ein nichtiges Geschäft Gezahlte zurückfordert, handelt nicht gegen die guten Sitten; er wahrt lediglich seine Interessen.

d) Die Benutzung einer durch Irrthum oder Affekt beeinflußten Willensrichtung zur Herbeiführung einer Erklärung kann die Anwendbarkeit des § 826 BGB. begründen. Monich, Willenserkl. 155.

OLG. Naumburg, R. **01** 435: Ein behufs Täuschung Dritter abgeschlossener Vertrag verstößt gegen § 826.

e) Wird ein zahlungshalber auf eine aus Börsentermingeschäften herrührende Schuld gegebener Wechsel zur Abschneidung von Einwendungen aus § 66 des Börsenges. zwecks Erlangung eines vom Gesetze gemißbilligten Vermögensvortheils gegeben, so ist darin eine Handlung zu finden, durch die in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zugefügt wird. **RG. 51** 357, JW. **02** 245.

f) RG. JW. 02 Beil. 276. Die Ertheilung eines falschen Rathes läßt sich, mangels Vorliegens eines Vertragsverhältnisses, nur auf Vorsatz stützen. Zunächst schlägt hier § 826 ein, da eine wissentlich falsche Auskunftsertheilung im Zweifel gegen die guten Sitten verstößt. Auch aus § 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 263 StGB. könnte unter Umständen eine Schadensersatzpflicht wegen falscher Auskunftsertheilung abgeleitet werden; aber da es sich dann um einen Betrug im strafrechtlichen Sinne handeln müßte, doch gleichfalls immer nur unter Voraussetzung einer vorsätzlichen Beschädigung. Vgl. § 676 Ziff. 1a.

OLG. 2 2 (Jena): Wer von einem Auskunftsbureau eine Auskunft verlangt, ist der Regel nach zur Geheimhaltung derselben verpflichtet und ist beim Zuwiderhandeln ersatzpflichtig.

g) RG. Strafs. 34 282: Ersatzpflichtig ist, wer erwiesenermaßen ein, wie er weiß, zu offenbarem Unrechte ergangenes und nur wegen Säumigkeit in Ergreifung geeigneter Rechtsbehelfe rechtskräftig gewordenes Urtheil oder einen solchen Vollstreckungsbefehl zur zwangsweisen Beitreibung der ihm darin zuerkannten Beträge mißbraucht.

h) OLG. 2 2 (Jena): Der Vertrag, durch welchen Jemand einem Anderen verspricht, den Schaden zu ersetzen, den dieser aus einer Bestrafung erleiden werde, verstößt gegen die guten Sitten. Dies bezieht sich auch auf die Kosten des Strafverfahrens.

LG. Chemnitz, Sächs. A. II 509: Ein Privatkläger, der mit der Privatklage abgewiesen ist, hat gegen den Angeklagten keinen civilrechtlichen Anspruch auf Ersatz der im Privatklageverfahren entstandenen Kosten, weil der Angeklagte die den Gegenstand der Privatklage bildende Aeußerung im Strafverfahren wider besseres Wissen geleugnet habe. Der Angeklagte war nicht verpflichtet, die Beleidigung, selbst wenn er sie begangen hat, einzugestehen und sich selbst zu bezichtigen.

i) OLG. Dresden, Sächs. A. II 738: Das öffentliche Verkaufsangebot einer Forderung unter Namensnennung des Schuldners, dessen Kredit dadurch nothwendig gefährdet wird, verstößt gegen die guten Sitten.

k) OLG. Hamburg, R. 02 323: § 826 ist anwendbar, wenn eine Zeitung vorsätzlich unbefugt anderweit veröffentlichte Renntelegramme nachdruckt; dem Urheber der Renntelegramme ist der entgangene Gewinn zu ersetzen.

§ 827. 1. Bei selbstverschuldeter Trunkenheit ist zu berücksichtigen die Intoleranz gegen Alkohol nach Kopfverletzungen, nach Ueberstehen einer schweren Krankheit (etwa Typhus), nach einer starken psychischen Erregung. Diese Intoleranz darf nicht mehr geltend gemacht werden, wenn sie dem Thäter aus eigener Erfahrung bekannt war. Schultze 48 (vgl. zu § 6; A.bürgR. 17 94).

Im Gegensatze zu Endemann (Einführung 170), der volle Aufhebung des Selbstbewußtseins fordert, nimmt v. Liszt 48 an, daß auch die hochgradige Trübung des Bewußtseins genügt, um die Verantwortlichkeit auszuschließen.

2. RG. JW. 02 Beil. 212: Steht ein konkurrirendes Verschulden des Beschädigten in Frage, so ist § 827 analog anzuwenden. Vgl. zu § 254 Ziff. 6 (165).

3. Der Schädiger muß insbesondere nachweisen, daß er ohne Verschulden in den Zustand der Bewußtlosigkeit 2c. gerathen ist; Rosenberg, Beweislast 128.

§ 828. v. Liszt 52: Erkenntniß der Verantwortlichkeit heißt: Die Erkenntniß, daß man für die durch die Handlung etwa verursachten schädigenden Wirkungen einstehen, sie tragen, sie ersetzen muß. Dann muß aber der Thäter die Möglichkeit gehabt haben, daran zu denken, daß aus seiner Handlung für einen anderen Menschen ein Schaden entstehen kann. Dieser Schaden muß voraussehbar gewesen sein. Auf diesem Umwege gelangt man dazu, für den

jugendlichen Thäter die Voraussehbarkeit des Schadens zu fordern, während wir sie beim Erwachsenen grundsätzlich nicht verlangen.

RG. 53 159 (vgl. **51** 30), JW. **02** Beil. 200: Die zur Erkenntniß erforderliche Einsicht ist diejenige geistige Entwickelung, die den Handelnden in den Stand setzt, das Unrecht seiner Handlung gegenüber dem Mitmenschen und zugleich die Verpflichtung zu erkennen, in irgend einer Weise für die Folgen seiner Handlung selbst einstehen zu müssen. Vgl. OLG. Zweibrücken, Seuff. A. **57** 398.

Vom vollendeten 18. Lebensjahre tritt, von zeitweiser oder ständiger Unzurechnungsfähigkeit abgesehen, die volle Schadensersatzhaftung ein, ohne Rücksicht auf das Vorhandensein der zur Erkenntniß der Verantwortlichkeit erforderlichen Einsicht. Süßheim, Altersstufen, Gruchots Beitr. **45** 67.

RG. 51 30: Beweispflichtig für die besonderen Umstände, aus denen der Mangel der Einsicht abgeleitet werden soll, ist der Thäter.

§ 829. Die Bestimmung ist analog auf den Fall anzuwenden, wo ein entschuldbarer Irrthum außer Verantwortlichkeit für den angerichteten Schaden setzt. Wer sich auf den Irrthum beruft, hat ihn zu beweisen. Henrici, Gruchots Beitr. **42** 633, 638.

§ 829 ist auf die nach § 228 Satz 2 bestehende Schadensersatzpflicht analog anzuwenden. Titze, Nothstandsrecht im BGB. 115.

Oertmann, R. **00** 27: Die Existenz einer Verbindlichkeit wird davon abhängig erklärt, daß die — vom Richter frei zu handhabende — Billigkeit ihre Anerkennung fordert. Die anbefohlene Berücksichtigung der Verhältnisse ist nur eines der zahlreichen Momente, auf die der Richter seine Entscheidung bauen kann. Indem unter den Verhältnissen zwar nicht allein, aber sicherlich vorwiegend, die Vermögensverhältnisse zu verstehen sind, wird unter Umständen dadurch „der Reichthum zu einem Haftungsgrund." Hierin liegt kein Tadel gegen das BGB., im Gegentheil eine erfreuliche Anerkennung der wahren Billigkeit.

Rümelin, A.civPr. **90** 315 ff.: Ueber das Verhältniß des § 829 zu § 254 (s. oben § 254 Ziff. 3.) A. M. v. Liszt 82.

§ 830. Die Bestimmung findet in gleicher Weise Anwendung, mag es sich um ein Thun oder um ein Unterlassen handeln. Dagegen findet er außerhalb der Deliktsobligationen keine Anwendung. Liszt 77. Ueber das Verhältniß des § 830 zur Kausaltheorie vgl. ebenda 78 ff.

Binder, Korrealobligationen 593: Abs. 1 Satz 2 steht nicht in Bezug auf die Art der Theilnahme an der unerlaubten Handlung im Gegensatze zu Satz 1, sondern nur in Bezug auf die Zurechnung des Erfolges. Die „Betheiligten" des Satzes 2 sind identisch mit den „Mehreren" des Satzes 1. Die Ausnahme, von welcher Satz 2 handelt, enthält keinen Verzicht auf die Willensschuld, sondern nur einen Verzicht auf den Nachweis des Kausalzusammenhanges. Wie Satz 1 setzt Satz 2 voraus, daß die Mehreren schuldhaft gehandelt haben; es gilt also nicht der Satz: Mitgefangen, mitgehangen. Abw. Crome, Iherings J. **35** 106 ff., zustimmend Oertmann, Komm. Bem. 3 zu § 830 (566).

Hoeniger, R. **01** 224: Die Frage, ob man beim Duell Kartellträger u. s. w. als Mitthäter oder Gehülfen zu behandeln habe, wird man ähnlich wie im Strafrecht beantworten müssen. Aerzte, Sekundanten und sonstige Zeugen erscheinen überhaupt an dem Zustandekommen des Zweikampfs unbetheiligt. Sie sind daher für die Folgen des Zweikampfes nicht haftbar zu machen. Ehrengerichtsmitglieder sind zwar am Zustandekommen des Zweikampfs betheiligt, man wird aber auch sie nicht haftbar machen können, da es sich bei ihnen um eine im Wesentlichen unparteiische, quasirichterliche Thätigkeit handelt. Kartellträger sind haftbar, wobei man einen Unterschied zwischen denjenigen Kartellträgern,

die ernstlich bemüht gewesen sind, den Zweikampf zu verhindern und anderen, mangels positiv gesetzlicher Bestimmung, nicht machen darf.

§ 831. Siehe auch oben unter § 31 und unter § 89.

1. Nöldeke, Gruchots Beitr. **41** 766 ff. Aus der in den §§ 831, 832 in ausgedehnter Weise erfolgten Zulassung der Exkulpation des Geschäftsherrn und des Aufsichtspflichtigen ergiebt sich deutlich, daß der Grund der Haftung ein Verschulden des Geschäftsherrn bezw. des Aufsichtspflichtigen ist (772).

Der Ausdruck „zu einer Verrichtung bestellt" umfaßt alle Fälle, in denen Jemand einen Anderen zur Verrichtung einer oder mehrerer Rechts- oder thatsächlichen Handlungen bestimmt, wenn nicht besondere gesetzliche Vorschriften für bestimmte Verhältnisse die Haftpflicht des Geschäftsherrn in anderer Weise regeln, wie z. B. §§ 701 ff. hinsichtlich der Gastwirthe (775).

„In Ausführung der Verrichtung" bedeutet, daß es nicht genügt, wenn die aufgetragene Verrichtung den Anlaß zu der schädigenden Handlung gegeben hat, die schädigende Handlung muß vielmehr unmittelbar in den Kreis derjenigen Verrichtungen gehören, welche die Ausführung des Auftrags darstellen (779).

2. Brückner, R. **01** 341 (s. auch o. zu § 278 Note 2a): Die Haftpflicht des Geschäftsherrn oder Prinzipals für den von seinem Gehülfen, Angestellten oder Bediensteten in Ausführung seiner Geschäftsverrichtung einem Dritten widerrechtlich zugefügten Schaden beruht gegenwärtig — abweichend von dem seitherigen Rechte, welches dem Beschädigten den Beweis des Verschuldens des Geschäftsherrn bei der Auswahl, Anleitung oder Beaufsichtigung des Angestellten auferlegte, — auf der Vermuthung eines mitwirkenden Verschuldens des Prinzipals (durch mangelhafte Auswahl u. s. w.), so daß diesem der Entlastungsbeweis obliegt. Sie setzt nur objektiv rechtswidriges Handeln, nicht nothwendig subjektives Verschulden des Angestellten u. s. w. voraus (vgl. RG. in JW. **03** Beil. 12 u. R. **03** 128), findet also auch statt, wenn derselbe wegen Bewußtlosigkeit oder jugendlichen Alters nach §§ 827, 828 nicht deliktsfähig ist. Ist er deliktsfähig, so haftet nach § 840 der Angestellte neben dem Geschäftsherrn als Gesammtschuldner, ist aber dem letzteren regreßpflichtig.

Die Haftpflicht nach § 831 erstreckt sich nicht auf die schadenstiftenden, widerrechtlichen Handlungen eines gesetzlichen Vertreters.

Josef, Gruchots Beitr. **44** 551: Der Bureauvorsteher eines Rechtsanwalts ist nach der Verkehrssitte ermächtigt, Gebührenforderungen in Empfang zu nehmen; unterschlägt er sie, so ist der Schuldner befreit, und dem Rechtsanwalt steht der im Satz 2 nachgelassene Entlastungsbeweis gehöriger Auswahl und Beaufsichtigung nicht zu; denn die Zahlung gilt als an den Rechtsanwalt selbst geleistet. Andere Zahlungen (z. B. Arrestsicherheiten) für den Rechtsanwalt in Empfang zu nehmen, ist der Bureauvorsteher nicht ermächtigt; nimmt er sie demzuwider an und unterschlägt er sie, so haftet der Rechtsanwalt dem Geschädigten; er befreit sich aber durch den oben gedachten Entlastungsbeweis. Haftung des Notars für seinen Bureauvorsteher s. oben § 278 Ziff. 6 a und b.

3. a) Eger führt in „Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen" **17** 282 ff. aus: Die nach § 37 der Verkehrsordnung für die Eisenbahnen Deutschlands vom 26. Oktober 1899 auf den Stationen, soweit ein Bedürfniß besteht, zu bestellenden Gepäckträger (dagegen war nach § 37 der VO. vom 15. November 1892 die Bestellung ganz in das Ermessen gestellt) gehören nicht zu den Leuten und anderen Personen, deren sich die Eisenbahn bei der Ausführung der Beförderung bedient, HGB. § 458, sondern sind selbständige Frachtführer und Gewerbetreibende im Sinne des § 425 HGB.; soweit sich jedoch deren

Thätigkeit auf den Stationsbereich, d. h. auf das Gebiet, welches die Station nebst allen zugehörigen dem Personen- und Gepäckverkehr gewidmeten Anlagen umfaßt, beschränkt, haftet die Eisenbahn den Reisenden (dagegen hieß es im § 37 der VO. vom 15. November 1892 „ohne Verantwortlichkeit der Verwaltung") und zwar unmittelbar und ausschließlich; sie haftet wie für aufgegebenes Reisegepäck, also nicht für Reise- und Handgepäck, welches von der Mitnahme ausgeschlossene Gegenstände enthält, § 29, und welches die Stationsgepäckträger zu übernehmen deshalb weder verpflichtet noch berechtigt sind, sie haftet für Verlust, Beschädigung, Verminderung und Verspätung, also z. B. auch dann, wenn ein Gepäckträger es unterläßt, das ihm übergebene Handgepäck rechtzeitig vor Abgang des Zuges in das Abtheil zu reichen.

Der Gepäckträger selbst kann, soweit er eisenbahndienstlich, d. h. innerhalb des Stationsbereichs thätig war, vom Reisenden nicht verklagt werden; insoweit geht der Beförderungsvertrag von vornherein beiderseits dahin, daß die Eisenbahn die alleinige Verantwortlichkeit zu tragen hat; anders und überhaupt außerhalb des § 37 steht die Beförderung des Gepäcks in die Hotels oder Wohnungen der Reisenden.

b) OLG. Stuttgart, R. **03** 79: Ein Posthalter, der mit der Postverwaltung einen sog. Fuhrleistungsvertrag abgeschlossen hat, demzufolge er sich verpflichtet, die Postverbindungsfahrten auf eigene Rechnung zu unterhalten und Reisende zu befördern, haftet den Reisenden für ein Verschulden des Postillons nur dann, wenn er bei der Auswahl des Postillons nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet hat.

OLG. Stuttgart, DJZ. **03** 131 u. R. **03** 180: Entgegen der Ausführung in **RG. 19** Nr. 20 ist mit der in der Literatur vorwiegend vertretenen Ansicht davon auszugehen, daß der § 831 auf die Haftung der Post nicht anwendbar ist, das Postgesetz vom 28. 10. 1871 vielmehr die Haftung der Post in dem Sinne regelt, daß jede Haftung der Postverwaltung ausgeschlossen sein soll, die sich nicht aus den Bestimmungen des Postgesetzes ergiebt, also auch eine etwa aus landesgesetzlichen Bestimmungen abzuleitende Haftung für unerlaubte Handlungen von Bediensteten.

4. **RG.** JW. **03** Beil. 10: § 831 verlangt den Beweis einer geübten Kontrole vom Geschäftsherrn gar nicht, wenn er auch für die Fälle, wo der Geschäftsherr die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, jenem den Beweis auferlegt, daß er bei dieser Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe; vgl. R. **7** 180.

JW. **03** Beil. 17 (vgl. DJZ. **03** 105): Bei der im § 831 erwähnten Leitung handelt es sich nicht allgemein nur um die Leitung des Geschäfts- oder Gewerbebetriebs im Ganzen, vielmehr um diejenige der Ausführung einer konkreten Verrichtung. Und nur „sofern" der Geschäftsherr solche Ausführung zu leiten hat, liegt ihm der Nachweis ob, daß er hierbei die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe; vgl. R. **03** 101.

Das Vorliegen einer Leitungspflicht hat derjenige darzuthun, welcher den Geschäftsherrn aus § 831 in Anspruch nimmt.

Von einer Pflicht zur Aufsicht spricht § 831 überhaupt nicht. Und wenn der Geschäftsherr die Leitung der auszuführenden Verrichtung einem Andern zur selbständigen Besorgung übertragen hat (vgl. § 831 Abs. 2), so hat er, der Geschäftsherr, die Ausführung eben nicht zu leiten, oder hätte er, wofern man hier noch eine eigene Leitungspflicht desselben annehmen kann, dieser durch die Bestellung eines tüchtigen Vertreters genügt, vgl. R. **03** 17; DJZ. **03** 153.

Die Pflicht zur „Beschaffung“ der Vorrichtungen oder Geräthschaften nach § 831 bedingt nicht, daß der Geschäftsherr in jedem Einzelfall aus den vorhandenen Stücken das entsprechende Geräth selbst (persönlich) auswählt und den Angestellten speziell zuweist; vielmehr kann das nach Umständen durch allgemeine Anweisung geregelt oder dem sachkundigen Ermessen eines Betriebsleiters, Poliers u. s. w. für den jeweiligen Gebrauchsfall überlassen worden sein; vgl. R. **03** 128.

OLG. Stuttg., DJZ. **03** 35, R. **03** 79 u. Jahrb. der Württ. Rpfl. **14** 139: Handelt es sich um ganz einfache Verrichtungen, die überhaupt keine Fachkenntnisse oder technische Geschicklichkeit verlangen, so kann das Gericht nach seiner freien Ueberzeugung den Beweis, daß den Geschäftsherrn keine Schuld in der Auswahl trifft, ohne Weiteres als geführt ansehen, wenn der betreffende Arbeiter nach Alter und Geschlecht und nach seinem Beruf geeignet erscheint und keine besonderen Gründe (Trunksucht, Leichtsinn) gegen die Uebertragung der Verrichtung vorliegen.

RG. 51 199 JW. **02** Beil. 236: Die Haftung des Bestellers auf Grund des § 831 setzt voraus, daß er dem Bestellten gegenüber die Stellung des Geschäftsherrn einnimmt, d. h. daß der Bestellte bei der Ausführung der ihm aufgetragenen Arbeit von dem Willen des Bestellers abhängig ist (vgl. OLG. **4** 281 (Dresden). Planck (Anm. 2a zu § 831) vertritt die Ansicht, daß § 831 die Bestellung zu solchen Verrichtungen voraussetzt, bei denen die Prüfung der Zuverlässigkeit der für die Verrichtung zu bestellenden Person nach der Auffassung des gesunden und normalen Verkehrs erforderlich ist.

RG. JW. **02** Beil. 256, DJZ. **02** 461, SächsA. **12** 631 f.; Gruchots Beitr. **46** 921: In Ansehung eines Neubaues mit seinen vielen Geschäften wird man von dem Unternehmer nicht schlechthin verlangen können, daß er den einzelnen Arbeiter bei jeder Verrichtung selbst überwache oder beaufsichtigen lasse und jede einzelne Handlung besonders anordne; bei erwachsenen eingelernten Arbeitern darf er Urtheilsfähigkeit und Umsicht auch hinsichtlich der Vermeidung von Gefahr für Dritte bis zu einem gewissen Grade voraussetzen; andererseits bedingt freilich der Erfahrungssatz, daß die Arbeiter bei gefährlichen Betrieben leicht gleichgültig gegen die Gefahr werden, ein erhöhtes Maß von Aufsicht. Vgl. OLG. **4** 57 (Posen).

5. a) **RG.** DJZ. **02** 485: Der Förster der beklagten Stadtgemeinde war während des Holzfällens, bei welchem der vorbeifahrende Sohn des Klägers durch eine umstürzende Buche verletzt wurde, beurlaubt und es war ein zur Aufsicht geeigneter Feldwärter mit seiner Vertretung beauftragt. Auch wenn dieser Vertreter, wie der Kläger behauptete, nur vom Förster bestellt war und auch wenn die Beklagte verpflichtet sein sollte, selbst für die Vertretung des Försters zu sorgen, so fehlt doch der ursächliche Zusammenhang mit einem etwaigen Verschulden des Beklagten, da thatsächlich ein geeigneter Vertreter bestellt war.

b) OLG. Karlsruhe, R. **03** 154: Der Prokurist, der im Verlaufe von geschäftlichen Verhandlungen dem Vertragsgegner durch Verbreitung unwahrer Behauptungen eine Kreditschädigung zufügt, handelt nicht „in Ausführung der Geschäftsverrichtung“ im Sinne des § 831.

c) OLG. **5** 246 (Colmar). Der Militärfiskus haftet für das Umfallen einer Telegraphenstange, die zu einer zu militärischen Uebungszwecken errichteten Telegraphenleitung gehört. Vgl. über die Haftung des Reichsmilitärfiskus für Unfälle, die dadurch entstanden sind, daß das von einem Offizier einem Burschen zum Halten übergebene Pferd durchgeht SächsA. **11** 247.

6. **RG.** JW. **03** Beil. 39, R. **03** 151: Vertreter im Sinne des § 31 sind **nur** die durch die **Satzung** der Körperschaft, bei dem Staate und anderen

öffentlich-rechtlichen Körperschaften durch die ihre Verwaltungsorganisation regelnden Bestimmungen zur Thätigkeit innerhalb eines Geschäftsbereichs berufenen Personen.

Diejenigen Angestellten und Beamten dagegen, die ihren dienstlichen Auftrag wiederum auf diese berufenen Personen zurückführen, sind nur zu Verrichtungen im Sinne des § 831 bestellt, — sie sind trotz der Selbständigkeit, der Mehrheit, der zeitlichen Dauer der Verrichtungen nicht Vertreter im Sinne des § 31, — auch dann nicht, wenn die Verrichtungen den Charakter rechtsgeschäftlicher Vertretung tragen. Vgl. Lenel, DJZ. **02** 9, siehe unter § 31.

7. Verhältniß des § 831 zu § 278 (vgl. oben zu § 278.)

a) Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden 89: §§ 278 u. 831 haben die gemeinsamen Voraussetzungen, daß eine zu einer Verrichtung bestellte Person gehandelt und einen Dritten widerrechtlich geschädigt hat. § 278 findet Anwendung unter den besonderen Voraussetzungen, daß die bestellte Person schuldhaft gehandelt und den Gläubiger innerhalb der Obligationssphäre geschädigt hat, § 831 unter den besonderen Voraussetzungen, daß die bestellte Person in Ausführung ihrer Verrichtungen gehandelt hat und den Geschäftsherrn ein Verschulden trifft. Ist mit den besonderen Voraussetzungen des § 831 eine besondere Voraussetzung des § 278 verbunden (schuldhafte Handlung außerhalb, schuldlose Handlung innerhalb der Obligationssphäre), so findet nur § 831 Anwendung; sind neben ihnen beide besonderen Voraussetzungen des § 278 erfüllt (schuldhafte Handlung innerhalb der Obligationssphäre), so konkurrirt die Haftung aus § 831 mit der aus § 278, was ihres weiteren Umfanges wegen von praktischer Bedeutung ist.

v. Liszt 105. § 831 findet lediglich Anwendung außerhalb der Vertragsverhältnisse. Nach Endemann 501 stellt § 831 gegenüber § 278 eine einschneidende Ausnahme dar.

b) Isay, Geschäftsf. 398 ff. nimmt an, daß die §§ 278 und 831 rein elektiv konkurriren, der eine nicht etwa den anderen beschränkt.

8. v. Liszt 104 Anm.: Der Geschäftsherr haftet auch für die von seinem Angestellten aus Anlaß der Ausführung der Verrichtung begangenen Handlungen. Dagegen Staub, Komm. Exkurs § 58 Anm. 29.

Der Thäter muß nicht schuldhaft gehandelt haben, vgl. darüber zu § 832 Ziff. 5.

§ 832. 1. Jung 57. Die Haftpflicht des § 832 entspringt nicht aus den allgemeinen Grundsätzen über den Schadensersatz, sondern sie gehört, als eine aus Billigkeitsrücksichten hervorgehende Modifikation, zu der Bestimmung des § 829, welche aus den allgemeinen Grundsätzen über Rechtsfähigkeit entspringt.

2. a) Ist der zu Beaufsichtigende, für dessen rechtswidrige Handlung der Aufsichtspflichtige zu haften hat, deliktsfähig, so haftet er nach § 840 neben dem Aufsichtspflichtigen als Gesammtschuldner und ist demselben regreßpflichtig. Ist der zu Beaufsichtigende nach §§ 827, 828 nicht deliktsfähig, so haftet er dem Beschädigten nach § 829 nur unter den dort angegebenen Voraussetzungen. Der Aufsichtspflichtige aber gilt alsdann im Verhältnisse zu dem zu Beaufsichtigenden als der allein Verpflichtete und ist dem letzteren regreßpflichtig. Brückner, R. **01** 342.

b) v. Liszt 107. Hat der zu Beaufsichtigende in Folge der Nachlässigkeit des Aufsichtspflichtigen sich selbst an seiner Person oder an seinem Vermögen einen Schaden zugefügt, so findet § 823 Anwendung.

3. Winter, R. **02** 39 und 69: a) Oeffentliche Lehrer sind aus § 832 BGB. überhaupt nicht haftbar zu machen, weil

α. die Aufsichtspflicht des Lehrers nicht auf einem Vertrage beruht, weder auf einem Vertrage des Lehrers mit dem Staate — das Verhältniß des Lehrers zum Staate ist kein Dienstvertrag des Obligationenrechts — noch etwa auf einem Vertrage zwischen Lehrern und Eltern der Schüler;

β. die Aufsichtspflicht nicht auf Gesetz im Sinne des § 832 beruht. Gesetz im Sinne dieses Paragraphen ist nur eine Privatrechtsnorm, die Aufsichtspflicht des Lehrers hat ihre Grundlage im öffentlichen Rechte, ist aber nirgends positiv zum Ausdrucke gebracht;

γ. die Aufsichtspflicht des Lehrers nur zu Zwecken der Schulzucht besteht, nicht, die Schüler von Beschädigungen Dritter abzuhalten;

δ. die Schüler nicht als „wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustandes" der Aufsicht bedürfende Personen gelten können.

Der Lehrer kann für Handlungen seiner Schüler aus § 839 nicht haftbar gemacht werden, sondern nur für eigene schädigende Handlungen, wie jedes andere Rechtssubjekt. Der Lehrer steht also nach neuem Rechte nicht nur nicht schlechter, sondern vielmehr besser als vordem da, soweit eine Haftpflicht für Verfehlungen der Schüler in Frage ist. Vgl. dazu Francke, ThürBl. **49** 162; Gumbinner, DJZ. **01** 430; Marie Raschke, Zeitschr. f. populäre Rechtskunde **2** 10. Vgl. § 839 Ziff. 9.

b) Weyl, Akademische Turnbundsblätter **15** 223: Für Lehrer kommt in Betracht der wegen der Beweislast ungünstige § 832 und, wenn sie (als Lehrer an staatlichen oder kommunalen Schulen) zugleich Beamte sind, der verhältnißmäßig günstigere § 839. Weyl bespricht sodann die für den Turnverkehr zu scheidenden Fälle, insbesondere ob es sich um Klassenturnen oder Gerätheturnen, Kürturnen u. s. w. handelt. Er erörtert ferner die Haftung der in einem Turnverein begegnenden Persönlichkeiten (Turnwart, Zeugwart, Vorturner u. s. w.).

4. RG. **50** 60 ff. Die Eltern haben nicht dafür einzustehen, daß die Erziehung und Beaufsichtigung ihrer Kinder auch einen günstigen Erfolg herbeigeführt hat, sondern nur dafür, daß sie das Kind thatsächlich genügend beaufsichtigt haben.

Man wird von den Eltern fordern müssen, daß sie das Spielzeug ihrer Kinder so weit im Auge und die Kinder selbst so erzogen haben, daß ihnen der Besitz gefährlicher Spielzeuge nicht verborgen bleibt, und daß, wenn sie Kenntniß davon haben, sie ihre Kinder ernstlich ermahnen und dazu anhalten, mit solchen Spielzeugen keinen Mißbrauch zu treiben. OLG. **3** 23 ff. (Stettin).

Nach § 832 Satz 2 kommt es nicht darauf an, ob eine genügende Beaufsichtigung gerade hinsichtlich der schädigenden Handlung stattgefunden hat, sondern darauf, ob der Aufsichtspflichtige im Allgemeinen die zur Beaufsichtigung des Kindes erforderlichen Maßnahmen getroffen hat. Der Beklagte, der als Geschäftsreisender vielfach aus dem Hause ist, hat durchaus zweckentsprechend gehandelt, wenn er nach dem Tode seiner Frau mit dem Kinde zu einer Tante zog, diese mit der Aufsicht über das Kind betraute und zu deren Unterstützung das Dienstmädchen anwies, mit auf das Kind zu achten. OLG. **2** 458 (Kiel).

OLG. Zweibrücken, Seuff. A. **57** 404: Von Eltern, welche ihre Kinder gut erziehen und deren Bemühungen von Erfolg gekrönt waren, kann nicht verlangt werden, daß sie Kinder im Alter von 11 Jahren auf Schritt und Tritt begleiten oder begleiten lassen. Sie haben daher auch keine Veranlassung, ihren Sohn beim Spielen auf der Straße zu beaufsichtigen oder beaufsichtigen zu lassen.

5. RG. **50** 60 ff. Der Begriff der Widerrechtlichkeit ist im objektiven Sinne zu nehmen. Vgl. Vorbem. zu § 823 Ziff. 7. Der Thäter braucht nicht schuldhaft gehandelt zu haben. Denn hat der Geschäftsherr den Angestellten mangel-

haft instruirt oder ihm scheinbar taugliche Geräthe gestellt oder ihn zu Verrichtungen gebraucht, zu denen er nicht die nöthigen Kenntnisse oder Fähigkeiten hatte, so wird dem Angestellten häufig kein Verschulden zur Last fallen, wohl aber dem Geschäftsherrn. Ebenso wird der zu Beaufsichtigende im Falle des § 832 nicht selten überhaupt nicht deliktsfähig sein. In diesen Fällen hat aber gerade der Aufsichtspflichtige die ihm obliegende Aufsicht gewissenhaft auszuüben und haftet, wenn er dies nicht thut.

6. a) Sehr vorsichtige Anwendung des § 832 auf den Betrieb in modernen Irrenanstalten mit ihrer allem Zwange abholden Behandlung ist dringend geboten. Schultze 50 f. (vgl. § 6).

b) § 832 bezieht sich auch auf Kost- und Pflegeeltern, sofern sie die Aufsicht durch Vertrag übernommen haben; bloß thatsächliche Uebernahme der Aufsicht macht nicht ersatzpflichtig. — Eine Ablehnung der Haftung bei Abschluß des Vertrags ist wirkungslos. Süßheim, Gruchots Beitr. **45** 58 f.

§ 833. 1. Isay, Iherings J. **39** 209 ff. führt die Verantwortlichkeit des Thierhalters auf dessen sachenrechtliche Herrschaft zurück. Ein Thier „halten" heißt: ihm Unterhalt gewähren animo domini. Das BGB. hat hier den entsprechenden alten deutschen Rechtsgedanken aufgenommen. Daher ist auch der Bestimmung des § 833 der Gesichtspunkt einer „Schuld" des Thieres immanent. Mehrere Thierhalter haften nicht solidarisch, sondern nach den Regeln der Gemeinschaft.

2. Kuhlenbeck, JW. **02** 237. Die Kausalität des § 833 ist aus dem Prinzipe der Gefährdungshaftung zu begrenzen; es scheiden damit alle Fälle aus dem Kausalzusammenhange des § 833 aus, die sich nicht aus der einem bestimmten Thiere an und für sich zukommenden Gefährlichkeit für die Rechtsgüter, sondern aus dem schuldhaften Verhalten eines Menschen ableiten lassen, der ohne Hinsicht auf die besondere Gefährlichkeit des Thieres durch bloße Benutzung des Thieres in vorsätzlicher oder fahrlässiger Weise das schädigende Ereigniß herbeigeführt hat. Ein solches schuldhaftes Verhalten unterbricht den Kausalzusammenhang im Sinne des § 833. A. M. Israel ebd. 238. Beschädigt ein Pferd Sachen, so ist nicht der Reiter, sondern das Pferd die Ursache; ob der Reiter das Pferd angetrieben hat, kommt nicht in Betracht.

3. Bernhöft, Bernhöft und Binders Beiträge **1** 4 ff.: Die Frage, wer das Thier „hält", entscheidet sich nicht unbedingt nach dem Besitz oder Eigenthum im juristischen Sinne. Vor rein doktrinären Begriffsabgrenzungen ist zu warnen. Der Pächter eines mit Inventar verpachteten Landgutes wird Thierhalter, ebenso, wenn ein Thier dem Nießbrauchsrecht unterliegt, derjenige, welcher das Recht thatsächlich ausübt. Da § 833 keinerlei Schuld voraussetzt, muß er bei wegen Jugend oder Geisteskrankheit Unverantwortlichen in vollem Umfang eintreten. Auch Mangel der Geschäftsfähigkeit hindert nicht, da das Halten von Thieren kein Rechtsgeschäft ist. Daraus ergiebt sich das seltsame Resultat, daß unverantwortliche Personen für ihre eigenen Handlungen nur mit allen Milderungen der §§ 829 ff., für die von ihren Thieren verursachten Handlungen dagegen unbedingt haften. Sie müssen auch für die von ihren gesetzlichen Vertretern für sie gehaltenen Thiere haften. Die Haftung tritt nur für willkürliche Handlungen des Thieres ein.

4. Linckelmann 86. Halter des Thieres ist eine Person, welche in ihrem eignen Interesse, sei es auf Grund des Besitzes, sei es auf Grund des Eigenthumsrechtes, die Sorge für die Erhaltung oder Unterbringung des Thieres auf sich genommen hat. Dieses Verhältniß dauert fort, wenn etwa das Thier entlaufen ist, es wird aber beispielsweise durch Diebstahl aufgehoben. Mehrere Halter des Thieres haften als Gesammtschuldner (vgl. § 426). Deliktsfähigkeit des Halters ist nicht erfordert (a. M. v. Liszt 107).

Mit dem Begriffe „Halten“, der nicht im Sinne von körperlichem Festhalten zu verstehen ist, ist die Vorstellung verbunden, daß dieser Zustand kein kurz vorübergehender sei, sondern mindestens eine Zeit lang dauere. Der „Sonntagsreiter“ (Gelegenheitsreiter) hält das Pferd nicht, v. Königslöw JW. **02** 61 und 240. Ebenso Kuhlenbeck ebd. 238. Abw. Fleischauer ebd. 115: Der Gelegenheitsreiter, der ein Pferd miethet, ist Besitzer, der Eigenthümer mittelbarer Besitzer, und nicht nur das, er übernimmt auch die Obhut für das Thier, und zwar für seine Zwecke. Dieser Thatbestand erfüllt den Begriff des Haltens, unabhängig von der Zeitdauer. Anders, wenn der Gelegenheitsreiter unter Aufsicht des Reitlehrers und Vermiethers reitet.

RG. JW. **02** Beil. 257. Halter des Thieres ist derjenige, der im eigenen Interesse durch Gewährung von Obdach und Unterhalt die Sorge für das Thier übernommen hat und zwar nicht bloß zu einem ganz vorübergehenden Zwecke, sondern auf einen Zeitraum von einer gewissen Dauer. Vgl. OLG. **4** 248 (KG.); OLG. Frankfurt a. M., R. **02** 533.

Die vielfach vertretene Meinung, daß Jeder, der ein Thier in seinem eigenen Interesse in unmittelbarem Besitze habe, als „Thierhalter“ anzusehen sei, kann nicht gebilligt werden. Es wird dabei ein Begriffsbestandtheil außer Acht gelassen, der nach dem Sprachgebrauch und dem gesetzgeberischen Grunde der Haftung für den durch das Thier angerichteten Schaden nothwendig vorhanden sein muß, die als „Halten des Thieres“ erscheinen soll. Das ist ein Moment der Dauer. Ein vorübergehendes Haben des Thieres ist kein Halten. Ein Reiter, der sich ein Pferd zu einem Spazierritte für einige Stunden entliehen hat, ist nicht Halter dieses Pferdes. OLG. **4** 246 (Jena).

5. **RG. 50** 219 ff., JW. **02** Beil. 214, DJZ. **02** 215: Für die Anwendung des § 833 ist nicht entscheidend, ob die Verletzung durch eine direkte Einwirkung des Thieres selbst oder nur mittelbar, durch einen von dem Thiere in Bewegung gesetzten Gegenstand, im vorliegenden Falle einen Wagen, zugefügt worden ist. Um das gesetzliche Merkmal „durch ein Thier“ zu erfüllen, muß auch eine mittelbare Verursachung genügen, vorausgesetzt nur, daß ein kausaler Zusammenhang im Rechtssinne („adäquate Verursachung“) gegeben ist.

Gleichwie derjenige, der durch seine Schuld eine Situation herbeigeführt hat, in welcher es für einen Anderen zur rechtlichen oder moralischen Pflicht wird, ohne Rücksicht auf die damit verbundene eigene Gefahr zum Schutze von Leib und Leben Dritter einzugreifen, für den bei solchen Rettungsversuchen entstehenden Schaden verantwortlich ist (vgl. **RG. 29** 120), so muß auch der Thierhalter für den Schaden dem einstehen, welcher zur Abwendung der von dem Thiere drohenden Gefahr, obwohl aus freiem Willensentschlusse, thätig geworden und hierbei durch das Thier verletzt worden ist. Auch ein derartiges, in Erfüllung einer rechtlichen oder sittlichen Pflicht zum Schutze Anderer bethätigtes Eingreifen ist eben als eine Folge der durch das Thier für die Allgemeinheit herbeigeführten Gefahren anzusehen und also in dem damit verknüpften Erfolge einer Schädigung von demjenigen, welcher jene Gefahren nach dem Gesetze verantworten muß, mitzuvertreten. Anders, wenn Jemand die gefährliche Situation, die ihn zum Eingreifen veranlaßte, schuldhafter Weise geschaffen hat. Hier greift § 254 ein. Vgl. OLG. **3** 25 (Stettin); LG. Danzig, PosMschr. **01** 59.

6. a) **RG. 50** 180, JW. **02** Beil. 201, Seuff. A. **57** 220, DJZ. **02** 192: Ein Schaden ist nur dann durch ein Thier verursacht, wenn eine willkürliche Handlung des Thieres den schädigenden Erfolg herbeigeführt hat. Der Thatbestand des § 833 ist dagegen nicht gegeben, wenn das vor einen Wagen gespannte Thier lediglich dem Willen des Kutschers folgt; denn es ist alsdann nur das Werkzeug in der Hand des Kutschers und dieser der Urheber des durch

eine unvorsichtige Lenkung entstandenen Schadens. In diesem Falle haftet der Eigenthümer aus § 831. Vgl. **RG. 50** 221, OLG. **4** 246 (Jena), 248 (Oldenburg), LG. Danzig, PosMschr. **01** 59, LG. Darmstadt, HessRspr. **02** 34.

b) Die aus der thierischen Natur entstehende besondere Gefahr soll der Thierhalter tragen. Danach wird erfordert, daß das Thier als solches den Schaden verursacht hat, also durch eine selbstbestimmte, dem Menschen gegenüber willkürliche Handlung. Ordnet sich das Thier hingegen lediglich menschlichem Willen unter, ohne daß die gefährliche thierische Eigenart in Betracht käme, zum Beispiel als dem Kutscher gehorchende Zugkraft, so ist das Thier rechtlich nur dessen Werkzeug und der angerichtete Schaden (z. B. durch Ueberfahren in Folge falscher Richtungnahme oder zu schnellen Tempos) kein Thierschaden. Fleischauer, JW. **01** 880. Zustimmend Kuhlenbeck, das. 881 und **02** 2, Altschul, JW. **02** 202. Vgl. Gumbinner, DJZ. **02** 97. Anders dagegen Israel, JW. **02** 238; OLG. **4** 57 (Naumb.) und Seuff. A. **56** 400: Es macht keinen Unterschied, ob das Thier aus eigenem Antriebe thätig geworden ist oder durch einen Menschen zu seiner Thätigkeit veranlaßt wurde, z. B. durch ungeschicktes und unvorsichtiges Lenken. (Dieses Urtheil ist aufgehoben durch das oben angeführte **RG. 50** 180.)

c) Brückmann, JW. **02** 204: Nicht alle Fälle liegen so, daß man bei Einwirkungen des Leitenden auf das Thier nicht von einem durch das Thier verursachten Schaden sprechen kann. Es giebt Grenzfälle, in denen eine Verbindung der schuldhaften willkürlichen Handlung des Menschen mit der willkürlichen Bewegung des Thieres zu dem Schaden führt, dessen Ersatz verlangt wird, in denen die menschliche Handlung bedingend und präjudizell für die thierische Bewegung wirkt. Z. B. der angetrunkene oder grobfahrlässig handelnde Kutscher läßt die Zügel locker, und die jungen, feurigen Pferde gehen in Folge dessen durch. Es ist die Haftpflicht zu bejahen, sobald die willkürliche Bewegung des Thieres auch nur ein Glied in der Kette des Kausalzusammenhanges bildet.

d) Eine Haftung aus § 833 ist nicht nur dann begründet, wenn das in seiner Bewegung freie Thier die schädigende Handlung zufolge seines Instinkts, seiner Begierde gewollt hat, sondern auch dann, wenn — sei es auch nur zufällig — durch das Thier diejenigen äußeren Thatumstände geschaffen sind, welche den schädigenden Erfolg herbeigeführt haben. Durch das Pferd eines Droschkenkutschers, sei es, daß das Pferd scheu geworden war oder daß es stolperte, war die Fensterscheibe eines Motorwagens zertrümmert. Der Droschkenkutscher wurde für den von seinem Pferde verursachten Schaden haftbar erklärt. LG. Hamb. HansGZ. **01** 49.

OLG. **4** 248 (Oldenburg): Es kommt nicht darauf an, ob der durch die Thätigkeit des Thieres herbeigeführte Schaden ein mittelbarer oder ein unmittelbarer ist.

Der Eigenthümer eines Pferdes, das durch seine Einwirkung ein fremdes Pferd zum Durchgehen gebracht und dadurch dessen Verletzung herbeigeführt hat, haftet für den Schaden, wenn der Schaden nach den Grundsätzen über Kausalzusammenhang auf die Thätigkeit seines Pferdes zurückzuführen ist.

OLG. Stuttgart, DJZ. **02** 204: Durch das Ausströmen von Dampf aus einer Lokomotive waren Pferde scheu geworden und hatten einen Menschen verletzt. Das OLG. führt aus: Die Voraussetzung für die Haftpflicht aus § 833 ist gegeben, wenn ein scheu gewordenes Thier sich der Lenkung des Fuhrmanns entzieht und auf solche Weise Schaden anstiftet. Ob dieses Scheuwerden auf eine entferntere Thatsache als Ursache zurückzuführen ist, für die ein Dritter aufzukommen hat (wie hier möglicherweise die Eisenbahn auf Grund des Haftpflicht-

gesetzes für den mittelbar durch ihren Betrieb verursachte Verletzung haftbar ist), berührt die Haftung des Thierhalters gegenüber dem Geschädigten nicht, kann vielmehr nur gemäß § 840 Abs. 3 ein Rückgriffsrecht des Thierhalters gegen den im Verhältnisse zu ihm allein schadensersatzpflichtigen Dritten begründen.

e) Die Verpflichtung des Thierhalters, dem Verletzten den durch ein Thier bewirkten Schaden zu ersetzen, erstreckt sich dann nicht auf den Ersatz immateriellen Schadens, wenn den Thierhalter weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit trifft. Vgl. auch unten zu § 847. Merz, Seuff. Bl. **67** 165 ff.

7. Linckelmann 87. Durch eigenes Verschulden des Verletzten wird die Haftung des Thierhalters nicht rechtsgrundsätzlich aufgehoben; ein solches Verschulden kann nur als mitwirkendes Verschulden nach § 254 in Betracht gezogen werden. **RG. 51** 275 ff., s. oben § 254 Ziff. 4 S. 163. OLG. Hamm, R. **02** 588.

8. a) Dernburg II² 649. § 833 findet keine Anwendung bei zufälligem Schaden durch gezüchtete Bakterien. Diese können nicht als Thiere i. S. des § 833 gelten. Anders bei zu Experimenten gezüchteten Kaninchen.

b) LG. Frankfurt a. O., KGBl. **02** 107. Wird ein Schmied beim Beschlagen des Pferdes durch Ausschlagen desselben verletzt, so haftet der Thierhalter nicht, wenn der Schmied keine ausreichenden Vorsichtsmaßregeln getroffen hat.

c) Bei fahrenden Landbriefträgern, welche nach den „Bedingungen für Verrichtung von Landpostfahrten" das Pferd anzuschaffen, zu erhalten und nöthigen Falles für dessen Ersatz zu sorgen haben, ist der wirkliche Halter des Pferdes der Landbriefträger, welcher eine der Stellung des Posthalters analoge Stellung hat, nicht der Postfiskus. OLG. **4** 248 (KG.).

d) § 833 BGB. im Verhältnisse zu § 834 BGB. und § 458 HGB.

α. Der Thierhalter haftet für den durch sein Thier angerichteten Schaden, auch falls ein Anderer durch Vertrag die Aufsicht übernommen und seine Pflicht verletzt hat. Beide haften dann als Gesammtschuldner.

β. § 458 HGB. regelt die Haftung der Eisenbahn für ihre Leute und andere, denen sie sich bei Ausführung der Beförderung bedient, soweit sie durch den Frachtvertrag begründet ist; es ist aber undenkbar, daß § 458 die Personen im Dienste der Eisenbahn selbst von einer Haftung wegen unerlaubter Handlungen, wie der aus § 833, hätte befreien wollen. OLG. **3** 25 (Stettin).

§ 834. 1. Linckelmann 87. Der Vertrag kann ein Dienstmiethevertrag (mit dem Stallknecht oder Kutscher) oder ein Sachmiethevertrag sein, wenn z. B. ein Pferdeverleiher Pferde zu vorübergehender Benutzung vermiethet. Ein Vertrag ist nothwendig; Familienangehörige, welche in dem Haushalte des Familienvaters sich thatsächlich mit den Thieren befassen, sind Dritten gegenüber nicht aus § 834, sondern wegen eines ihnen nachgewiesenen Verschuldens verantwortlich.

Im Falle des § 834 kann der von der aufsichtspflichtigen Person zu führende Nachweis des Verschuldens des Verletzten unter Umständen mit dem Nachweise der eigenen Schuldlosigkeit zusammenfallen und schließt dann grundsätzlich die Ersatzpflicht aus.

2. **RG. 50** 244 ff., JW. **02** Beil. 222; Gruchots Beitr. **46** 642; DJZ. **02** 295: Nicht jeder Dienstbote ist immer und unbedingt unter die nach § 834 verantwortlichen Personen zu zählen. Die vertragsmäßig wahrzunehmende Funktion muß, um eine Verantwortlichkeit aus § 834 zu begründen, im gegebenen Falle gerade die Führung der Aufsicht gewesen sein. Es fragt sich, ob die Anwendbarkeit des § 833 durch ein zwischen den Parteien (Dienstherrn und Kutscher) bestehendes Vertragsverhältnis, den Dienstvertrag bzw. das Gesindeverhältniß, ausgeschlossen werde. Dem Wortlaute der Gesetzesvorschrift, dem Zusammenhange derselben mit sonstigen Bestimmungen des BGB. und dem Rechts-

systeme desselben ist ein Grund für Bejahung der Frage nicht zu entnehmen. § 833 erklärt den Thierhalter schlechthin für haftbar, während sich nach dem Dienstvertrage die vertraglichen Beziehungen, Rechte und Pflichten des Dienstberechtigten und Verpflichteten bestimmen. Soweit nun bei einer durch das Thier verursachten Beschädigung allein die von dem einen oder dem anderen Vertragstheile zu vertretende Verletzung in Frage steht, würde ein Ersatzanspruch hieraus nach Maßgabe der für den Dienstvertrag geltenden Bestimmungen zu beurtheilen sein. Durch die hier vom Gesetze getroffene Regelung des vertraglichen Schuldverhältnisses sollten nicht sämmtliche Rechtsbeziehungen, die sich aus Anlaß des Dienstverhältnisses für die Betheiligten möglicherweise ergeben könnten, ausschließend normirt werden, und die erwähnten Gesetzesvorschriften schließen nicht eine weitergehende Haftung aus, welche von dem Gesetz an einen anderen, von dem Dienstvertrag unabhängigen Rechtsgrund, namentlich an den Thatbestand einer unerlaubten Handlung oder der diesen gleichgestellten Fälle geknüpft ist. Wenn ein zur Dienstleistung Verpflichteter anläßlich seiner Dienstverrichtung an einem Thiere von diesem verletzt worden ist, ohne daß ihn selbst ein Verschulden trifft, und ohne daß anderseits dem Dienstberechtigten irgendwie die Versäumung einer Vertragspflicht zur Last fiele, so steht die eingetretene Beschädigung außerhalb der kontraktlichen Beziehungen. Der Verletzte müßte den Schaden, als zufälligen, selbst tragen, wenn ihm nicht eben aus besonderem Rechtsgrunde, dem des § 833 BGB., ein Ersatzanspruch vom Gesetze gewährt wäre; ein Anspruch freilich, der ihm nicht gegen den Dienstberechtigten als solchen, sondern gegen den Thierhalter zusteht. Durch eine gültigerweise landesgesetzlich bestehende Regelung des Gesindeverhältnisses wird die Anwendung des § 833 auf Fälle der vorliegenden Art nicht ausgeschlossen. — Durch dieses Urtheil ist OLG. **3** 288 (Naumburg) bestätigt.

3. OLG. **3** 25 (Stettin): Wer nach § 834 für einen durch Thiere verursachten Schaden verantwortlich ist, haftet neben dem Thierhalter auf Grund des § 840 Abs. 1. Leske 343 Anm. 4; Schollmeyer 120; Goldmann-Lilienthal 216 Anm. 6. Anderer Meinung: Endemann I 919 Anm. 10; v. Liszt 108.

§ 835. Ueber Wildschaden durch wilde Kaninchen in Preußen, soweit sie dort nach § 15 des Wildschadenges. v. 11. Juli 1891 nicht jagdbar sind, vgl. Berger, Die Stellung der wilden Kaninchen im Civil- und Strafrechte.

Ueber Verpachtung einer Jagd (§ 835 Abs. 2 Satz 2) vgl. oben § 581 Ziff. 2.

§ 836. **RG. 52** 236, **JW. 02** Beil. 271. Als Theile eines Gebäudes sind sicherlich im Sinne des Gesetzes wie nach allgemeinem Sprachgebrauch auch der Fußboden, die Decke, die Steinfliesen auf dem Boden anzusehen. § 836 ist anwendbar, wenn der morsch gewordene Fußboden eines Stockwerkes durchbricht und eine auf dem Fußboden stehende Person verletzt wird. Es ist nicht Voraussetzung des § 836, daß ein bestimmter größerer oder für sich einheitlicher Gebäudetheil im Ganzen (die ganze Mauer, die ganze Decke) einstürzt oder abstürzt. Auch das Abstürzen einzelner Theile gehört hierher. Die Haftpflicht des Gebäudebesitzers ist nicht darauf beschränkt, daß die Verletzung oder Beschädigung durch unmittelbare Einwirkung der einstürzenden Gebäudetheile auf den menschlichen Körper, bzw. auf die Sache und lediglich durch die Berührung mit den sich ablösenden Stücken bewirkt wird; das Gesetz spricht von der Verletzung „durch den Einsturz eines Gebäudes", „durch die Ablösung von Theilen", nicht etwa von einer solchen durch das einstürzende Gebäude. Es ist, wenn eine Decke einstürzt, für die Anwendung des § 836 völlig einerlei, ob die herabfallenden Theile einen unten befindlichen Menschen treffen, oder ob der auf der Decke stehende

miteinstürzt. Gleichgültig ist es auch für die Kausalität des Einsturzes oder der Ablösung, wenn hierzu das eigene körperliche Schwergewicht des Verletzten mit wirksam gewesen ist.

OLG. 5 249 (Hamburg). Das Herausfliegen und Zersplittern einer in der Thür befindlichen Glasscheibe ist ein Ablösen von Theilen eines Gebäudes. Vorausgesetzt wird im § 836 nicht der theilweise Einsturz des Gebäudes, sondern nur ein Sich-Trennen einzelner Bestandtheile des Werkes vom Ganzen.

OLG. 5 249 (Colmar). Das Umfallen einer Telegraphenstange ist eine Ablösung von Theilen eines Werkes, der Telegraphenleitung.

OLG. Naumburg, Seuff. A. **57** 104. Der Einsturz oder die Ablösung muß die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung sein. Dieser Grund der Haftung wird dann noch nicht beseitigt, wenn eine Einwirkung von außen, wie z. B. das Anfahren eines beladenen Wagens gegen einen Thorpfeiler, welcher in Folge dessen einstürzte, die Veranlassung gegeben hat, daß solche Mängel ihre verderbliche Wirkung zur Geltung brachten. Ein Verschulden des verletzten Kutschers kann nicht in dem Anfahren gegen den Pfeiler gefunden werden, wenn die Thoreinfahrt eine besonders enge war.

OLG. **3** 27 (Hamburg). Wird der Miether einer Wohnung durch Einsturz des Fußbodens des zugehörigen Klosetts beschädigt, so findet § 836 keine Anwendung. Der Vermiether ist nicht verpflichtet, die Klosetts zu revidiren, um so weniger, weil diese Räumlichkeiten in der Obhut des Miethers sich befinden und ein etwaiges Nichtfunktioniren vom Miether gemäß § 545 BGB. anzuzeigen ist.

Haftung für den beim Umbaue dem Nachbargrundstücke zugefügten Schaden OLG. **4** 281 (Dresden), vgl. § 823 Ziff. 9e.

§ 839. 1. Nöldeke, Die civilrechtliche Haftung des Richters nach dem BGB., Gruchots Beitr. **42** 795 ff. Das Schuldmoment deckt sich bei der Beamtenhaftung nicht vollständig mit demjenigen bei der allgemeinen Haftung für Schaden. Die Voraussetzungen des § 823 brauchen nicht sämmtlich bei der Anwendung des § 839 vorzuliegen (809). Ob die Amtspflicht einem Dritten gegenüber obliegt, hängt wesentlich von dem Zwecke ab (812). Rechtsmittel nach § 839 Abs. 3 sind Rechtsbehelfe im weitesten Sinne (815). Schöffen, Geschworene, Beisitzer der Gewerbegerichte fallen nicht unter § 839 Abs. 2, da sie nicht Beamte sind, und haften daher auf Grund der §§ 823, 826 (816). Aus der Entstehungsgeschichte des BGB. folgt, daß die mildere Haftung des Spruchrichters sich nur auf Urtheile im prozessualen Sinne bezieht (818 f.). Sie bezieht sich auch auf den Thatbestand der Urtheile und auf die Prüfung der Voraussetzungen für den Erlaß eines Versäumnißurtheils (821). Die eigentliche Haftung des Vormundschaftsrichters tritt nur dem Mündel gegenüber ein (823). Der Staat haftet für jedes Versehen eines Grundbuchbeamten, nicht bloß bei Verletzung einer dem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht (824). Soll ein Kollegium haftbar gemacht werden, so hat Kläger zu beweisen, daß gerade die in Anspruch genommenen Beamten den Schaden durch Verletzung ihrer Amtspflicht verursacht haben (826).

2. Delius, Haftpflicht der Beamten: Die Materie der Haftpflicht der Beamten bzw. des Staates (öffentlich-rechtliche Korporation) für den aus rechtswidrigen Handlungen der Beamten erwachsenen Schaden hat nur in den §§ 31, 89 und 839 ff. BGB. und (bezügl. der Grundbuchbeamten) im § 12 Reichs-GBO. eine reichsrechtliche Regelung gefunden, während Art. 77 EG. z. BGB. die bisherige Buntscheckigkeit im Uebrigen bestehen ließ. Es werden an der Hand des Reichsrechtes und des Rechtes jedes einzelnen Bundesstaates folgende Fragen erörtert: Wann ist überhaupt eine Ersatzpflicht begründet? Haftet der Beamte für den entstandenen Schaden oder der Staat (öffentlich-rechtliche Kor-

poration u. s. w.), in deren Diensten der Beamte steht? Haften Beamter oder Staat ein jeder für sich allein oder haften sie als Gesammtschuldner bzw. der Staat als Bürge? Ist die Haftpflicht des Staates nur eine subsidiäre, im Falle des Unvermögens des Beamten? Darf der Staat, wenn er den Schaden ersetzt hat, gegen den schuldigen Beamten Regreß nehmen? Wie verhält es sich mit dem Ersatze des Schadens, welchen der Beamte nicht einer Privatperson, sondern dem Staate (Korporation) selbst, in dessen Diensten er steht, zugefügt hat? — Bei Beantwortung der Haftpflichtfrage ist zu unterscheiden, ob der Beamte a) in Ausübung der ihm an ertrauten privatrechtlichen Verrichtungen oder b) in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt gehandelt hat; bzw. ob der Staat (Korporation) a) als Fiskus, als privatrechtliche Person, b) als Inhaber der Hoheitsrechte und der Regierungsgewalt erscheint. In den Fällen zu a sind die §§ 31 und 89 BGB. maßgebend für die Haftung des Staates, die §§ 839—841 BGB. für die Haftung des Beamten. Ueber die Haftung des Staates in den Fällen zu b entscheidet das im § 36 des Werkes ausführlich mitgetheilte Landesrecht der einzelnen Bundesstaaten (in den AusfG. z. BGB. meistens neu geregelt) gemäß Art. 77 EG. z. BGB.; über die Haftung des Beamten wiederum die §§ 839—841 BGB. und speziell des Spruchrichters § 839 Abs. 2, des Vormundschaftsrichters §§ 1674 u. 1848 BGB., endlich des Grundbuchbeamten § 12 GBO. — In die Darstellung sind überall praktische Fälle aus der Rechtsprechung eingeflochten, der § 57 ist ausschließlich derselben gewidmet. Auch die Haftpflicht der nicht zu den Beamten zählenden Personen, der Geschworenen und Schöffen, der Schiedsrichter, der Beisitzer in den Sondergerichten, der Rechtsanwälte u. s. w. ist miterörtert.

3. v. Liszt 44. Das Verschulden des Beamten muß als Vorsatz oder Fahrlässigkeit sich auf die Verletzung der Amtspflicht beziehen. Voraussicht oder Voraussehbarkeit des Schadenseintritts ist nicht Voraussetzung der Ersatzpflicht.

4. Wann eine Amtspflicht dem Beamten nicht nur im Verhältnisse zum Staate, sondern auch gegenüber einem Dritten obliegt, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des Einzelfalls. Die Aufstellung, dies sei stets dann der Fall, wenn dem Dritten gegen die Entschließungen und sonstigen Handlungen des Beamten ein Rechtsmittel zusteht (so Oertmann, Schuldverh. 577), ist zutreffend, aber nicht erschöpfend. Insbesondere ist davon auszugehen, daß die Formen, deren Verletzung die Nichtigkeit gerichtlicher und notarieller Urkunden zur Folge hat, nicht bloß im Interesse desjenigen, dessen rechtsgeschäftliche Erklärungen beurkundet werden, sondern zugleich auch im Interesse und Schutze beider, deren Rechtsverhältnisse hierdurch unmittelbar berührt werden, vorgeschrieben sind, daß somit ihre Beachtung dem Gericht oder Notar auch dem letzteren (z. B. den in einem Testamente Bedachten) gegenüber als Amtspflicht obliegt. Damit erledigt sich das Bedenken Endemanns, Einführung III § 29 Ziff. 6, der in dem unterstellten Mangel einer Ersatzpflicht des Notars gegenüber den in einem durch sein Verschulden nichtigen Testamente Bedachten einen Rückschritt des BGB. gegenüber dem seitherigen Rechte findet. Dorner, BadAG z. BGB. 61 ff.

Eine fahrlässige Verletzung der Amtspflicht einem Dritten gegenüber liegt nach der Judikatur des Reichsgerichts regelmäßig schon dann vor, wenn der Beamte objektiv einen Fehler gemacht hat. Rein subjektive Entschuldigungsgründe beseitigen das Verschulden niemals, aber auch objektive in der Regel nicht. Eine falsche Rechtsauffassung gilt nur dann nicht als Verschulden, wenn es sich um den Gegenstand einer, wenigstens möglichen Streitfrage handelt. Dahingegen haftet der Beamte nicht für die Fehler solcher Beamten, die er nur zu überwachen hat. Boden, CBlFrG. 2 244 ff.

Nach Boden, ebendas. 254 ff. entspricht die Judikatur des Reichsgerichts, soweit sie jeden Fehler regelmäßig als Verschulden auffaßt, weder dem Wortlaute, noch dem Sinne des Gesetzes, noch auch den praktischen Bedürfnissen.

Dem Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit liegt die Wahrung der Amtspflicht jedem Dritten gegenüber ob, dessen Interesse seine Thätigkeit zu sichern bestimmt ist. Deshalb haftet der Richter oder Notar, der fahrlässig ein nichtiges Testament aufgenommen hat, den in diesem eingesetzten Erben für den in Folge der Nichtigkeit des Testaments entstandenen Schaden. Magendantz, JW. **01** 815.

Dem gemeinen Rechte des § 823 untersteht der richterliche Beamte im Verhältnisse zum Fiskus; denn das Sonderrecht des § 839 gilt nur gegenüber „Dritten". Scholz, Die Haftung des Richters nach dem BGB., JZ. f. Elsaß-Lothringen **22** 366 ff.

5. Abs. 2. a) Schneider, A.civPr. **91** 209 ff.: Bei den Beamten des § 839 Abs. 2 handelt es sich keineswegs nur um Justizbeamte oder auch nur um juristisch vorgebildete Beamte. Seine Ausnahmevorschrift knüpft § 839 lediglich an einen besonders gearteten Theil der amtlichen Thätigkeit eines Beamten an, so daß also Schöffen, Geschworene und sonstige unbeamtete Gerichtsbeisitzer sich nicht auf ihn berufen können. Diese haften nach § 823.

Nicht alle Gründe, denen das Gesetz seine Entstehung verdankt, rechtfertigen die Ausnahmevorschrift des § 839 Abs. 2. Unzureichend ist es, wenn man das Gesetz mit der Erwägung rechtfertigen will, daß sein Schutz der Unbefangenheit und thatkräftigen Entschlossenheit des Richters zu Gute kommen solle. Dies paßt deshalb schon nicht, weil der Richter immer eine Entscheidung treffen muß. Ebenso unzureichend ist der vielfach gehörte Grund, daß sich der Maßstab der Fahrlässigkeit bei rechtlichen Entscheidungen nicht anlegen lasse. Es giebt Beispiele, in denen der Rechtsirrthum den Spruchrichter haftbar machen kann. Die Dehnbarkeit des Begriffs der Fahrlässigkeit löst hier die Schwierigkeiten. Nicht völlig stichhaltig ist der fernere Grund, daß mit einer allzu leicht zugelassenen Verantwortlichkeit des richtenden Beamten gegen die Rechtskraft seiner Urtheile verstoßen werde. Nicht um die Aufrechterhaltung der Rechtskraft der Urtheile im eigentlichen Sinne handelt es sich, sondern in dem weiteren, daß mit den endgültig von den Gerichten gefundenen Urtheilen gewissermaßen der Rechtsfrieden wiederhergestellt, der Streitfall ein für alle Mal, für jeden, den er berührt hat, abgethan und beendet sein soll. Wäre es für A. zuläſſig, nach rechtskräftiger Erledigung des Rechtsstreits zwischen ihm und B., den der Richter X. zu Gunsten des B. entschied, letzteren wegen seiner angeblich unrichtigen Entscheidung vor dem Richter Y. zu belangen u. s. w., ein Ende des Haders wäre überhaupt nicht mehr zu finden. Der Rechtssatz des § 839 Abs. 1 ohne die Einschränkung von Abs. 2 hätte danach unter Umständen einen aller Vernunft Hohn sprechenden Erfolg. In dem Gedanken des Rechtsfriedens liegt eine erste Rechtfertigung der Ausnahmestellung des in Rechtssachen urtheilenden Beamten. Dazu kommt, daß die Rechtsordnung einer Partei vor dem Zustandekommen einer rechtskräftigen Entscheidung gegen sie genügende Wege giebt, sich dagegen zu wehren und ihr Recht zu wahren; sie giebt dem richtenden Beamten außerdem eine Stellung, die eine Gewähr für sorgfältige Dienstführung bietet, auch ohne daß es auf ein so ausgedehntes Rückgriffsrecht, wie nach § 839 Abs. 1 noch ankäme. In jener ersten Beziehung braucht nur auf die zahlreichen Rechtsmittel und den Instanzenzug hingewiesen zu werden; Abs. 3 verweist selbst darauf. Ausschlagend ist dieser Grund freilich nicht, da in der freiwilligen Gerichtsbarkeit das Gesetz die Beschwerde giebt, ohne deshalb den Schutz des § 839 Abs. 2 dem sich verfehlenden Richter zu

Theil werden zu lassen (§§ 1674, 1848 BGB.; § 12 GBO.). Was die Stellung des richterlichen Beamten anlangt, so ist hier einmal der strengen Handhabung der Dienstaufsicht zu gedenken, sodann aber kommt die Kontrolle der sog. öffentlichen Meinung hinzu. Ein weiterer Grund für die Aufstellung der Ausnahmevorschrift des § 839 Abs. 2 ist die zweifellos vorhandene große Schwierigkeit, in einer „Rechtssache" ein Urtheil zu finden. Bei Würdigung einer Rechtssache tritt der Rechtspunkt selbst vor thatsächlichen Erwägungen in den Hintergrund, welche den schwierigeren Theil der richterlichen Aufgabe bilden. In der Auswahl und Anwendung der Rechtssätze wird eine geistige Gedankenarbeit gefunden, die eine Nachprüfung auf eine fahrlässig gebildete Ueberzeugung im Grunde nicht zuläßt. Als einen vierten Grund für die Ausnahmevorschrift darf man sodann die große Gefahr bezeichnen, in welche die richtenden Beamten ohne sie, zumal bei sehr nachsichtiger Ertheilung des Armenrechtes an ihre Gegner, unzweifelhaft gerathen würden. Müßte bei bloß fahrlässiger Pflichtverletzung das Armenrecht dem Kläger bewilligt werden, so schlüge das zu einer gefährlichen Schädigung des beklagten Richters aus.

Bei dem Worte „Urtheil" ist zu denken an die durch die Staatsgewalt erfolgende Anerkennung und Feststellung des an und für sich durch die Rechtsordnung einer Partei in Hinblick auf ihren Gegner schon verliehenen Rechtes (oder dessen Aberkennung) oder im Strafprozesse die Feststellung oder Verneinung eines dem Staate erwachsenen Bestrafungsrechts. Es fallen unter den Begriff „Urtheil" im Sinne des § 839 Abs. 2 nicht nur die das Prozeßrechtsverhältniß für die Instanz beendenden Entscheidungen, sondern auch die Bescheide in allen sonstigen Verfahren. Und weiter alle die privatrechtliche oder auch prozessualische Rechte feststellenden oder aberkennenden Entscheidungen, wie Kostenfestsetzungsbeschlüsse, Arrestbeschlüsse, Ablehnung eines Arrestbeschlusses oder eines Versäumnißurtheils, die mittelst Beschlusses oder Urtheils erfolgende Abweisung angebrachter Maßen; rechtsfeststellende Beschlüsse im Vollstreckungsverfahren, z. B. § 811 CPO.; Ablehnung der Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 411 StPO.

Nicht alle Bescheide richterlicher Beamten fallen unter § 839 Abs. 2, vielmehr nur jene rechtsfeststellenden, nicht dagegen die das Verfahren leitenden (Terminsansetzungen, Vertagungen) oder die den Gerichten zugewiesenen Verwaltungsverfügungen (Haftbefehle). Die rechtsfeststellenden dagegen fallen unter Abs. 2, mögen sie nun Urtheile oder Beschlüsse heißen. Dieser Ansicht gegenüber kann der Vorgeschichte des § 839 Abs. 2 kein Einfluß beigemessen werden. Durch analoge Gesetzesanwendung bei § 839 Abs. 2 gelangt man zu dem gleichen Resultate (vgl. 262 ff.). Ueber Abs. 2 S. 2 vgl. 268.

b) Die Ausnahmestellung des Richters — das Privilegium für Pflichtverletzungen im Amte — beschränkt sich auf End-, Theil- und Zwischenurtheile. Sie besteht nicht bei der Leitung der Verhandlung und bei der Erlassung derjenigen Entscheidungen, die nicht Endurtheile sind (266). Bei dem Kollegialgerichte haften die schuldigen Mitglieder als Gesammtschuldner (§ 840 Abs. 1). Unter Beamten im Sinne von § 839 sind auch Verwaltungsbeamte, die ein richterliches Erkenntniß abzugeben haben, zu verstehen; der Vormundschaftsrichter untersteht § 839; Schöffen, Geschworene, Schieds- und Handelsrichter unterliegen § 823. Dock, A.öffR. **16** 244 ff.

α) Die mildere Haftung aus Abs. 2 kommt nicht zur Anwendung auf die Haftung des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit; danach haftet der Richter hier für jedes Versehen, insbesondere auch für ein Versehen, das in irriger Anwendung des Gesetzes besteht. Selbstverständlich kann aber der bloße Umstand, daß der Richter eine Auslegung des Gesetzes bethätigt hat, welche von der anderer

(höherer) Gerichte oder des über den Regreßanspruch urtheilenden Richters abweicht, ein den Richter haftbar machendes Verschulden nicht ohne Weiteres begründen. Vielmehr ist zu unterscheiden: Der Richter konnte bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nach den Kenntnissen, die bei Verwaltung seines Amtes erfordert werden, die von ihm gebilligte Auslegung für die richtige halten; hier liegt eine „zulässige Auslegungsdifferenz" (RG. 41 200) vor; ein Verschulden und hiermit die Schadensersatzpflicht ist also ausgeschlossen. Ist dagegen jene Voraussetzung nicht vorhanden, so haftet der Richter für Versehen bei Anwendung des Gesetzes ebenso wie für thatsächliche Versehen; dies gilt nicht bloß, wenn der Richter ein vollkommen klares und völlig zweifelfreies Gesetz unrichtig angewandt oder unbeachtet gelassen hat (z. B. die Zuziehung der Urkundspersonen in den Fällen der §§ 169 ff. FrGG.), sondern auch wenn er nur ohne jeden stichhaltigen Grund von der durch die ständige Rechtsprechung, die unbestrittenen Ergebnisse der Rechtswissenschaft und die Anweisungen vorgesetzter Behörden festgestellten Auslegung des Ges. abgewichen ist; in solchen Fällen kann der Richter sich zur Abwendung seiner Ersatzpflicht nicht auf angebliche Arbeitsüberlastung, Mangelhaftigkeit der Gerichtsbibliothek und die Seltenheit der fraglichen Amtshandlung berufen. Josef, Komm. z. Reichs- und Preuß. FrGG. Zus. V.a zu § 1.

β) Ueber den Begriff der dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit „einem Dritten gegenüber" obliegenden Amtspflicht im Gegensatze zu allgemeinen Dienstanweisungen und Ordnungsvorschriften s. eb. unter b. Danach haftet in Preußen nicht der Richter, wohl aber der Notar, wenn durch eine von ihm begangene Verletzung der Verschwiegenheitspflicht den Betheiligten ein Schade entsteht.

γ) Die Schadensersatzpflicht des Gerichtsschreibers in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit regelt sich gleichfalls nach § 839; Beispiele hierzu s. eb. Zus. b zu Art. 2 des Preuß. Ges.

δ) Die §§ 839 ff. regeln nur das Verhältniß zwischen den Beamten und dem beschädigten Dritten; für das Verhältniß des Beamten und dem Staate bleiben dagegen in Preußen die §§ 88—91 II. 10 ALR. in Geltung; Beispiele s. eb.

ε) Die Grundsätze zu a gelten auch für die Haftung des preuß. Notars, nur daß diese eine unmittelbare und nicht bloß eine subsidiäre ist. Denn der Notar leistet seine Thätigkeit den Betheiligten zwar in Erfüllung seiner Amtspflicht; diese aber geht dahin, daß er mit den Betheiligten Dienstverträge eingeht. Die Richtigkeit dieser Auffassung folgt aus Art. 90 Preuß. FrGG., wonach der Notar Verschwiegenheit zu beobachten hat, „es sei denn, daß die Betheiligten ihn von dieser Verpflichtung entbinden"; die Verschwiegenheit ist also eine dem Notar lediglich gegen die Betheiligten obliegende Verpflichtung, also etwas Anderes als die den Beamten sonst obliegende Pflicht zur Wahrung des Amtsgeheimnisses. Josef, Komm. z. Reichs- u. Preuß. FrGG. Zus. II zu Art. 77. A. M. Schultze-Görlitz und Oberneck zu Art. 83 Preuß. FrGG., die die Haftung aus reiner Beurkundungsthätigkeit als nur subsidiäre ansehen, ohne Erwähnung der aus Art. 90 sich ergebenden Folgerungen.

6. Gläßing, Die öffentlich-rechtliche Natur des Vormundschaftsrechts, A.öffR. 16 463 trägt im Gegensatze zu Planck, Komm. z. BGB. (2) IV 599, welcher bei den güterrechtlichen Entscheidungen des Vormundschaftsrichters (§§ 1379, 1402, 1447, 1451, 1487, 1519, 1525, 1549, 1550), ferner bei §§ 1357, 1358 trotz Fehlens einer besonderen Vorschrift § 1848 „entsprechend als zweifellos" anwendet, Bedenken, die Verschärfung der Haftung des Vormundschaftsrichters hier anzuerkennen, da die richterliche Thätigkeit in einem bürger-

lichen, nicht von einem unmittelbaren öffentlichen Interesse beeinflußten Streite zum Gesetz erhoben ist. Nach 435 bewegt sich die Entscheidung nicht auf dem Gebiet einer Zweckmäßigkeitsfrage, wenn die Gültigkeit des angerufenen ehelichen Güterrechts, die Unterordnung des Falles unter den Begriff „Rechtsgeschäft" im Gegensatze zur „Verwaltung" nach § 1379 und die Frage zu entscheiden ist, ob die Zustimmung der Frau an sich im vorliegenden Falle gesetzlich vorgeschrieben ist.

7. Unter dem Worte „Urtheil" in Abs. 2 sind Urtheile im technischen Sinne zu verstehen. Enneccerus I 772, Endemann I (5) 917, Kipp bei Windscheid zu § 470, Oertmann § 839 Anm. 3, Planck 639, Kuhlenbeck § 839 Anm. 4, Crome II 1083 Linckelmann 103; abweichend Schneider s. ob. Ziff. 5a, Dernburg II 2 639.

Neumann zu § 839 Note II. 1. Die Beschränkung der Haftung bezieht sich nur auf die Verletzung der richterlichen Amtspflicht bei dem Urtheile (in judicando), d. h. bei der thatsächlichen und rechtlichen Beurtheilung der Sache. Gleichgültig ist, ob die Entscheidung, welche auf Grund der fahrlässigen Beurtheilung ergeht, sich in die Form des Urtheils, des Beschlusses oder der Verfügung kleidet. Nicht unter die Ausnahme gehört die fahrlässige Fortlassung von Parteiausführungen in dem Thatbestande des Urtheils, weil hier nicht error in judicando vorliegt.

OLG. 4 286 (Cöln). Das Wort „Urtheil" kann nach der Entstehungsgeschichte nur in der formell technischen Bedeutung aufgefaßt werden. Wegen eines erlassenen Pfändungsbeschlusses haftet der Richter nach § 839 Abs. 1, wenn er fahrlässig handelt. Vgl. dazu Oppenhoff, DJZ. **02** 480.

Die beschränkte Haftung des Richters tritt auch insoweit ein, als es sich um materielle, das Urtheil vorbereitende Entscheidungen handelt, z. B. Anordnung von Beweisen, Art der Beweiserhebung, Anordnung, daß ein auswärtiger Zeuge vor dem erkennenden Gericht erscheint. LG. I Berlin, KGBl. **00** 96.

Die Beschränkung der Haftung (Abs. 2) tritt nur ein, wenn ein Urtheil im Sinne der Prozeßordnungen in Frage steht; für die Grundbuchbeamten kommt daher diese Einschränkung nicht in Betracht. Maenner 85.

8. a) v Krais, Blätter f. administrative Praxis **50** 289 ff. (vorwiegend bayr. Landesrecht): Es ist zu unterscheiden, ob der Beamte „in Ausübung" oder nur in „Veranlassung der Ausübung" gehandelt hat. Das erstere bezeichnet das Verhältniß zuständiger und daher wenigstens formell rechtmäßiger, unmittelbarer Amtsthätigkeit; das letztere bezieht sich auf solche Handlungen, welche außerhalb des amtlichen Wirkungskreises gelegen und durch die Amtsausübung nur veranlaßt sind. Eine solche Handlung kann an sich nach § 823 widerrechtlich sein.

b) In Bayern hat zwar der Verwaltungsgerichtshof die Frage endgültig zu entscheiden, ob der Beamte sich einer Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe. Die Frage aber, ob das festgestellte dienstliche Verschulden auch ein zum Schadensersatze verpflichtendes Verschulden i. S. des bürgerlichen Rechtes bilde, ob überhaupt ein Schaden eingetreten und dieser im Kausalzusammenhange mit der Handlung stehe, gehört zur Zuständigkeit des Civilrichters und kann verneint werden, wenn jene erste Frage bejaht wird. BayrObLG. München, Seuff. Bl. **65** 125.

9. a) Winter, R. **02** 69 (oben § 832 Ziff. 3a S. 490). Zu den Dienstobliegenheiten des Lehrers gehört die Aufrechterhaltung der Disziplin. Diese Pflicht besteht aber nicht jedem Dritten gegenüber, sondern gehört zu den internen Obliegenheiten seines Amtes, bezüglich deren er nur seiner vorgesetzten Behörde

gegenüber verantwortlich ist. Eine nicht genügend sorgfältige Beaufsichtigung der Schüler mit dem Erfolge, daß ein Schüler einem Dritten widerrechtlich Schaden zufügt, kann daher nicht als Verletzung einer Amtspflicht im Sinne des § 839 aufgefaßt werden.

b) Im Gebiete der Schulzucht werden die dem Lehrer „einem Dritten gegenüber" obliegenden Amtspflichten durch § 50 II. 12 ALR. (vgl. bei § 823) begrenzt; weitergehende Beschränkungen der Züchtigungsbefugniß sind bloße inneramtliche Ordnungsvorschriften. Bei der Aufsichtspflicht (§ 832) der Lehrer im Hinblick auf das eigene Wohl der Schüler entfällt diejenige Aufsicht, die lediglich dem Zwecke des Unterrichts und der Schuldisziplin dient, dem Gebiete der dem Lehrer Dritten gegenüber obliegenden Amtspflichten, während sie im Uebrigen (Bewahrung der Kinder vor körperlichen und seelischen Schäden in der Schule und auf Schulausflügen) in dieses Gebiet fällt. Die Pflicht zur Beaufsichtigung der Schüler zwecks Bewahrung Fremder vor Beschädigungen durch die Schüler erstreckt sich in ihrer Wirkung nach Außen („einem Dritten gegenüber") wohl nur auf die jüngeren Schüler (Volksschüler, Bürgerschüler an Mittelschulen, auf höheren Schulen die Schulkinder bis ausschließlich Obersekunda und Selekta), während die älteren Schüler nach allgemeiner Lebensauffassung solche Selbständigkeit genießen (§ 828 Abs. 2), daß sich der Lehrer um sie nur noch im Schulinteresse zu kümmern hat. Immerhin wäre hier die Abgrenzung im Verordnungsweg und damit ein Anhalt für den Richter erwünscht. Haase, Haftpfl. d. Lehrer, Preuß. Volksschularchiv **02** 4 ff.

10. Einzelne Fälle.

a) OLG. **5** 210 (Dresden), vgl. oben Ziff. 5 b α: Nicht jede falsche Rechtsauffassung, die ein Richter bei der Ausübung seines Amtes zur Geltung bringt, kann als Fahrlässigkeit, geschweige denn als grobe Fahrlässigkeit angerechnet werden. Eine Verschuldung wird regelmäßig zu verneinen sein, wenn er beispielsweise einer auch sonst in der Literatur oder Rechtsprechung vertheidigten Rechtsmeinung folgt (**RG. 42** 326) oder wenn er bei sonst sorgfältiger Erwägung einer Rechtsfrage über die Bedeutung und Tragweite eines Rechtssatzes sich irrt und wenn er mit Unrecht einen Rechtssatz auf einen gegebenen Thatbestand anwendet oder nicht anwendet, vorausgesetzt, daß es sich nicht um Rechtsfragen handelt, in Betreff deren eine Meinungsverschiedenheit kaum denkbar ist (**RG. 40** 204). Das aber muß von jedem richterlichen Beamten verlangt werden, daß er die wichtigsten und gebräuchlichsten Rechtsbegriffe richtig erfaßt hat und richtig zu handhaben versteht. Amtspflicht jedes richterlichen Beamten ist es daher, auch bei einer Veränderung der Gesetzgebung sich rechtzeitig die für die Ausübung seines Amtes unentbehrliche Kenntniß der neuen Gesetze zu verschaffen.

Der Staat haftet für den durch irrthümliche Rechtsbelehrungen des Zwangsversteigerungsrichters entstandenen Schaden dem Beschädigten unmittelbar (sächs. R.).

b) OLG. **4** 286 Anm. 1 (Kiel). Fahrlässig handelt der Subhastationsrichter, der um 11 Uhr zur Abgabe von Geboten auffordert und bereits um 12 Uhr 1 Min. den Termin schließt, obwohl er vorher erklärt hatte, es könne bis 12 Uhr 5 Min. geboten werden.

c) **RG.** Gruchots Beitr. **46** 935, JW. **02** Beil. 214. Beamte, welche zwar nicht verpflichtet, aber befugt sind, eine von ihnen erbetene Auskunft zu ertheilen, haften für den Schaden, welcher dem Bittenden durch eine unrichtige Auskunft entstanden ist. Zum Begriffe der Amtshandlung ist die Verpflichtung des Beamten zur Vornahme nicht erforderlich; die Amtspflicht kann verletzt werden, auch wenn der Beamte vermöge seiner Dienststellung nur befugt war, nach freiem oder pflichtgemäßem Ermessen in der fraglichen Richtung amtlich zu handeln.

d) **RG. 51** 258, JW. **02** Beil. 232. Der Gerichtsvollzieher, welcher dem Gegner bei der Zustellung eine Abschrift übergeben hat, auf welche die Terminsnote nicht übertragen war, haftet für den dem Gegner entstandenen Schaden (der Gegner war durch Versäumnißurtheil verurtheilt worden). Ueber die daneben bestehende Haftung des Gerichtsschreibers vgl. § 840 Ziff. 1.

RG. 51 186, JW. **02** Beil. 229. Ein Gerichtsvollzieher, welcher die Versteigerung gepfändeter Gegenstände mit Rücksicht auf ein Vorzugsrecht des Vermiethers weiter ausgedehnt hat, als zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers und zur Deckung der Kosten erforderlich war, haftet für den daraus entstehenden Schaden.

OLG. **4** 58 (Hamm). Der Gerichtsvollzieher haftet für den durch gesetzwidrige Zwangsvollstreckung erfolgenden Schaden.

Ueber das Rechtsverhältniß zwischen dem Gerichtsvollzieher und der betreibenden Partei vgl. oben § 675 Ziff. 2.

e) **RG. 51** 327, JW. **01** 373. Gegen den Polizeibeamten, welcher durch eine Polizeiverfügung einem Anderen Schaden zugefügt hat, findet eine Klage auf Schadensersatz nur dann statt, wenn die polizeiliche Verfügung im Beschwerdeweg als gesetzwidrig oder unzuläßig aufgehoben worden ist. § 6 des preuß. Ges. vom 11. Mai 1842, in welchem dies bestimmt ist, ist durch § 839 nicht aufgehoben.

OLG. **4** 58 Anm. 1 (Kiel). Ein Polizeiverwalter, welcher einem Gastwirth zusichert, ihn wegen künftiger Uebertretung der Polizeistunde nicht zu bestrafen, kann wegen hinterher erfolgter Verurtheilung nicht auf Schadensersatz gemäß § 839 belangt werden.

§ 840. 1. **RG. 51** 262, JW. **02** Beil. 232 (vgl. oben § 839 Ziff. 10d). Die Vorschrift des § 839 Abs. 1 S. 2 greift nicht Platz, wenn mehrere Beamte die ihnen obliegende Amtspflicht verletzt haben und die Pflichtverletzung eines jeden für den entstandenen Schaden kausal gewesen ist. In diesem Falle haften vielmehr beide Beamte neben einander, und deshalb nach § 840 Abs. 1 als Gesammtschuldner. Anderenfalls könnte jeder der Beamten geltend machen, daß der Beschädigte erst nachweisen müsse, daß er von dem anderen Theile Ersatz nicht erlangen könne. Der obige Satz erleidet auch keine Aenderung, wenn der eine Beamte bereits rechtskräftig zum Schadensersatze verurtheilt ist. Denn ein solches Urtheil begründet keine neue Verpflichtung, sondern stellt nur fest, daß der vom Beschädigten geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz wirklich vorhanden ist, und wirkt deshalb bei einem Gesammtschuldverhältnisse nur gegen den Gesammtschuldner, gegen den es ergangen ist, nicht aber zu Gunsten eines anderen Gesammtschuldners (§ 425 Abs. 2).

2. OLG. **5** 250 (Celle). Für einen von mehreren Thieren gemeinschaftlich angerichteten Schaden haften die mehreren Thierhalter als Gesammtschuldner.

3. **RG. 50** 67. Aus § 840 Abs. 2 ist zu entnehmen, daß in den §§ 831, 832 ein schuldhaftes Verhalten des Thäters nicht vorzuliegen braucht, da im § 840 unterstellt wird, daß der Geschäftsherr oder Aufsichtspflichtige auch haften könne, wenn der Angestellte oder zu Beaufsichtigende nicht haftet, also nicht schuldhaft gehandelt hat. Vgl. oben § 832 Ziff. 5.

4. Haftung der Kartellträger vgl. § 830. Hoeniger, R. **01** 224.

§ 842. 1. § 842 findet Anwendung nicht nur bei Verletzungen des Körpers oder der Gesundheit, sondern bei allen unerlaubten Handlungen, durch welche die Persönlichkeit als solche verletzt wird (§§ 824, 825). Planck § 842 Ziff. 3.

2. EG. Art. 42. Die Berufsgenossenschaften, welchen nach Gewerbl. UVG. §§ 135 ff., Landw. UVG. §§ 146 ff., See-UVG. §§ 133 ff., Bau-UVG.

§ 46 das Geltendmachen von Entschädigungsansprüchen gegen den Schadensurheber zusteht, sind bei Verfolgen dieser Ansprüche gegen das Genossenschaftsmitglied (B. Hilse, Unfallversicherungspraxis 4 97) insoweit beschränkt, als sie vor Erheben der Klage den Haftpflichtschuldner hören müssen, wenn Vorsatz oder mangelnde Berufsaufmerksamkeit vorliegen, aber (Mitth. f. prakt. Arbeiterversicherung 7 151) nicht bei Verstößen gegen die Regeln der Baukunst. Seit Inkrafttreten des Gewerbl. UVG. § 23 haben (B. Hilse, R. **01** 141) sie die Verletzten auch einem neuen Heilverfahren zu unterwerfen, wenn Aussicht auf Erhöhung der Erwerbsfähigkeit besteht. Bei derarten Ansprüchen ist (Buschs Z. 28 148) der Rechtsweg darüber, ob ein Betriebsunfall vorliegt und welche Entschädigung zu gewähren, ausgeschlossen und steht die Entscheidung dem Reichsversicherungsamte zu, an dessen Ausspruch (A.bürgR. **19** 205) der Prozeßrichter gebunden ist.

§ 843. 1. Rümelin, A.civPr. **90** 245. In den Fällen der §§ 843 und 845 braucht der schwerere Erfolg lediglich objektiv herbeigeführt zu sein. In § 843 liegt kein Anlaß vor, zwischen voraussehbarer und nicht voraussehbarer Erwerbsunfähigkeit zu unterscheiden.

2. Bei Ermittelung des Rentenabfindungskapitals ist eine Berücksichtigung der Zinseszinsen, die bei Bestimmung des Interusuriums ausgeschlossen ist (vgl. § 133 Satz 3), nicht zu umgehen. (Unrichtig die Normirung in ZwVstG. § 121 Satz 1). Wird der Jahresbetrag der Rente gleich r, die muthmaßliche Lebensdauer des Verletzten gleich n Jahre, der Zinsfuß gleich p % angenommen, so ist das Abfindungskapital nach der Formel $k = \frac{t^n - 1}{t - 1} \cdot \frac{1}{t^{n-1}} \cdot r$ zu berechnen, wo t als Abbreviatur für $1 + \frac{p}{100}$ dient. Langheineken, Mathem. Bemerkungen zum BGB. Heft 1 24 ff.

3. Der Verletzte, der trotz der Verletzung zur Ausübung gewisser Gewerbe fähig geblieben ist, kann eine sich ihm darbietende Gelegenheit, einen Verdienst zu erlangen, nicht lediglich aus Gründen der Abneigung gegen eine bestimmte Erwerbsart ausschlagen, sofern nur das Gewerbe zu dem Lebenskreise des Verletzten gehört. RG. Sächs. A. **10** 603.

4. a) Die Vorschriften des § 843 Abs. 2—4 gelten nach Artt. 42 ff. EG. für das Haftpflichtgesetz. Vgl. RG. **47** 213, JW. **01** 142.

b) Abs. 3. Als wichtiger Grund ist anzusehen, wenn der Verletzer nicht in der Lage ist, Sicherheit für die Zahlung der Rente zu leisten. OLG. 2 440 (Stuttgart).

c) Reinhard, R. **02** 534. Die Bestimmung des § 843 Abs. 4 bezieht sich nicht, wie man aus ihrer Stellung folgern könnte, nur auf den Anspruch auf Gewährung einer Rente, sondern auf alle sonstigen Ersatzansprüche, die sich aus der Körperverletzung ergeben.

d) RG. Seuff. A. **55** 154. Der Verletzte braucht sich auf eine Schadensersatzforderung nicht abrechnen zu lassen, was er auf Grund der von ihm abgeschlossenen Unfallversicherung von der Versicherung ausbezahlt erhalten hat. Die Aufrechnung ist ausgeschlossen, wenn die beiden aufzurechnenden Ansprüche auf verschiedenen Rechtsgründen beruhen, es demnach an einem Zusammenhang im Rechtssinne zwischen beiden fehlt. Das Urtheil nimmt Bezug auf RG. **10** 50; **11** 22; **34** 10.

§ 844. 1. a) Körperverletzung mit tödtlichem Ausgange fällt unter den Begriff der Tödtung. Planck § 844 Anm. 2a; Cosack I § 165, 1; Oertmann § 844 Anm. 2; Rümelin, A.civPr. **90** 241; Neumann § 844 Ziff. I;

Dernburg II 2, 633. Abweichend v. Liszt 29, 79; Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. II 308; Endemann I § 201 N. 5.

b) Die fahrlässige Tödtung fällt unter den Begriff der Tödtung. Daß der Getödtete zu seinen Lebzeiten auch die Unterhaltsverpflichtung thatsächlich erfüllt hat, ist nicht erforderlich. OLG. 2 440 (Stuttgart).

2. Abs. 2. Diese Bestimmung trifft auch für jene Fälle zu, in welchen zwischen dem Vater des unehelichen Kindes und dessen Vormund ein gütliches Unterhaltsübereinkommen abgeschlossen war; die Grundlage des Abkommens bleibt die gesetzliche Verpflichtung des Vaters. Süßheim, Altersstufen, Gruchots Beitr. **45** 54.

3. a) OLG. München, Seuff. A. **57** 408. Der Unterhaltsberechtigte kann auf Schadensersatz wegen schuldhafter Tödtung des Pflichtigen klagen, bevor der Getödtete noch die Fähigkeit zur Unterhaltsgewährung erlangt hatte.

b) OLG. Hamburg, R. **00** 283: Den Maßstab für den Umfang des Anspruchs bildet der bisherige Alimentationsanspruch gegen den Getödteten. Dieser ist ein Schadensersatzanspruch wegen Entziehung des Unterhalts. Der Alimentationsanspruch von Kindern gegen die Eltern beschränkt sich nicht auf den nothwendigen Unterhalt, sondern es ist standesgemäßer Unterhalt zu gewähren. Dazu gehört Erziehung und Ausbildung in einer der Lebensstellung des Berechtigten entsprechenden Weise.

c) RG Seuff. A. **57** 405. Die Wittwe kann allein die ihr mit den Kindern zusammen gebührende Geldrente einklagen. Sie stützt sich dann auf ein ihr zustehendes eigenes Recht. Sie kann Alles ersetzt verlangen, was sie bei Lebzeiten ihres Mannes von diesem zur Versorgung der in ihrer Pflege befindlichen Kinder bezogen hat und nun entbehren muß. Die Ersatzpflicht ist von dem Eintritt in die Alimentationsverbindlichkeit des verstorbenen Gatten und Vaters wesentlich verschieden und unterscheidet sich von derselben besonders dadurch, daß sie von den Vermögensverhältnissen der Berechtigten nicht abhängig ist und sich nicht nur so weit erstreckt, als der Verstorbene hätte leisten müssen, sondern auch so weit, als er thatsächlich geleistet hat. Die Wittwe verliert ihren Rentenanspruch nicht ohne Weiteres durch Wiederverheirathung (vgl. Egers eisenb. E. u. A. **1** 66; **4** 117; **5** 376; **10** 32; **15** 259).

§ 845. RG. **47** 87, JW. **00** 896. Ein Schadensersatz wegen der entgehenden häuslichen und gewerblichen Dienste der Ehefrau kann nicht doppelt, nämlich einmal vom Manne und dann von der Frau gefordert werden.

§ 846. OLG. 2 440 (Stuttgart): A. begeht mit der Frau des B. Ehebruch, wird von B. dabei ertappt und getödtet. Die Wittwe des A. klagt. Das OLG. führt aus: Der Umstand, daß der Getödtete durch seinen vorangegangenen Ehebruch mit der Frau des Beklagten diesen in hochgradigen Affekt versetzt hatte, ist noch nicht geeignet, die Anwendung des § 846 zu begründen; denn wenn auch zwischen dem Verhalten des Getödteten und dem Entschlusse des Beklagten, diesen zu verletzen bzw. zu tödten, ein ursächlicher Zusammenhang bestand, so ist doch nirgends ersichtlich, daß bei der Entstehung des Schadens selbst, der Tödtung ein Verschulden des Getödteten mitgewirkt hat (vgl. auch Motive II 772).

Anwendung des § 846 auf § 833 RG. **51** 275, vgl. § 254 Ziff. 4.

§ 847. Liszt (41) meint, daß die in Abs. 2 bezeichneten Strafthaten gegen die Sittlichkeit die Ersatzpflicht nur begründen, wenn die Voraussetzungen der §§ 823, 825 vorliegen; dies sei bei §§ 174, 176—178, 179 StGB. immer der Fall, bei § 182 StGB. aber könnten diese Voraussetzungen auch fehlen; dann aber sei auch die Ersatzpflicht nicht begründet.

Der Schaden, für den nach § 847 Ersatz zu leisten ist, muß gerade in denjenigen Rechtsgütern eingetreten sein, deren Verletzung der § 847 voraussetzt.

Neben dem Entschädigungsanspruch aus § 847 bleibt der Bußanspruch unberührt bestehen. Liszt 65 f.

Sowohl die geschichtliche Entwickelung des § 847 als auch die historischen Vorläufer des dort geschaffenen Anspruchs — gemeinrechtliche actio legis Aquiliae utilis, deutschrechtliches Institut des Schmerzensgeldes und der Buße — drängen zu der Annahme, daß die Verpflichtung zum Ersatze nicht vermögensrechtlichen Schadens eine der strafrechtlichen Buße entsprechende civilrechtliche Entschädigungspflicht, welche Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraussetzt, darstellt. Uebereinstimmend Dernburg, Bürgerl. R. II 2 608 ff., 648 ff.; v. Liszt, Deliktsobligationen 65; Fischer-Henle, BGB. § 833 gegen Cosack, Bürgerl. R. I 601; Endemann, Einführung I § 202 Anm. 8; Planck, BGB. Anm. 2a zu § 847 und § 823; Staudinger, BGB. Anm 3b zu § 847 und RG. DJZ. 02 295), welches aber zur Frage nur nebenbei und ohne eingehende Begründung Stellung nimmt. Merz, Seuff. Bl. 67 165 ff.

Die billige Entschädigung dieses Paragraphen bedeutet die Ausgleichung eines körperlichen oder seelischen Unlustgefühls durch ein entsprechendes, durch Zahlung einer Geldsumme hervorzurufendes Lustgefühl. Hiernach ist die zu zahlende Geldsumme zu bemessen. Bei der Schwierigkeit dieser Bemessung wird sich voraussichtlich ein Gerichtsgebrauch bilden. Du Chesne, Der Schadensersatz bei Verletzung absoluter Rechte. Sächs. A. 12 6.

OLG. Celle, Seuff. A. 56 349. Neben dem Anspruch auf Unfallrente besteht kein Anspruch auf Schmerzensgeld nach § 847.

§ 847 ist anwendbar in dem Falle des § 833, da das Vorliegen eines Verschuldens nicht Voraussetzung für seine Anwendung ist. RG. 50 252, vgl. oben § 834.

§ 851. Hellwig, Rechtskr. 423 sagt, § 851 führt zu keiner Erstreckung der Rechtskraft. Der Besitzer hat nur die Macht, durch die Annahme der Ersatzleistungüber die Forderung des Eigenthümers mit Wirkung gegen den Berechtigten zu verfügen; durch sonstige Rechtsgeschäfte kann er nicht über das fremde Recht disponiren.

§ 852. Die Verjährungsvorschriften beziehen sich auf alle unerlaubten Handlungen, auch auf solche, die außerhalb dieses Titels für unerlaubt erklärt sind. Friedrichs, Prozeßpraxis 321.

Vgl. über das Verhältniß zu § 11 des Wettbewerbs-Gesetzes o. zu § 826 Note 5c.

Drittes Buch.

Sachenrecht.

Erster Abschnitt.

Besitz.

Vorbemerkung. Fuchs, Grundbuchr. 26—37. Die Begriffe dingliches Recht und Recht an der Sache sind im BGB. nicht identisch. Die Rechte an der Sache sind durchweg dingliche Rechte, aber es giebt auch dingliche Rechte, die im Sinne des BGB. nicht Rechte an der Sache sind. Der Begriff dingliches Recht ist ein Begriff der allgemeinen Rechtswissenschaft. Dinglichkeit ist vorhanden, sobald das Recht seinen Gegenstand belastet; der Ausdruck: Recht an der Sache dagegen ist im BGB. eine terminologische Bezeichnung. Recht an

der Sache ist nur dasjenige Recht, das als Belastung bezeichnet wird. Der Begriff der Belastung aber ist nicht bloß terminologisch. (Vgl. Art. 184 EG. z. BGB.) Belastung ist nicht identisch mit unmittelbarer Beherrschung der Sache oder mit der Befugniß, selbsthandelnd auf das Objekt des Rechtes einzuwirken.

Die Belastungen des BGB. sind theils:

a) körperliche Belastungen, wie Erbbaurecht und Dienstbarkeiten, d. s. Sachnutzungsrechte, unmittelbare Gebrauchsrechte, wie die Motive sagen;

b) unkörperliche Belastungen, d. s. Reallasten und die Geldbelastungen (Hypothek, Grundschuld u. s. w.), d. s. Sachhaftungsrechte mit positiver Leistungspflicht;

c) eine unkörperliche Belastung mit negativem Inhalte, d. i. das Vorkaufsrecht; wie die Vormerkung verpflichtet das Vorkaufsrecht nicht, sondern es vernichtet nur einen vorkaufswidrigen Erwerb.

Belastet ist die Sache, wenn Jeder zur Anerkennung des Rechtes rechtlich gezwungen werden kann, der die Sache überkommt.

Ein anderes gemeinsames Kriterium aller Belastungen als die Absolutheit des Klageschutzes gegen Jeden, der zu der Sache in Beziehung tritt, besteht nicht. Positive Leistungspflichten sind dem Begriffe des dinglichen Rechtes nicht zuwider. Es giebt Belastungen, wie die aus § 1010, die nichts weiter als absolute Obligationen sind. Nicht bloß die sachenrechtlichen Wiederherstellungsansprüche, sondern alle Ansprüche aus dinglichem Rechte, welche dingliche Haftung des Grundstücks erstreben, sind dingliche Ansprüche, mögen sie auch auf Werth, Schadensersatz u. s. w. gerichtet sein. Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten sind Rechte an Rechten, Belastungen der Rechte, wahre dingliche Rechte, ebenso dinglich wie der Sachnießbrauch und das Sachpfandrecht. Dinglich ist auch ein Mieth- oder Pachtrecht, auf Grund dessen dem Miether oder Pächter das Grundstück überlassen ist. Dinglich ist ferner die Vormerkung. In ihrer anspruchsichernden, rangerhaltenden, jeden vormerkungswidrigen Erwerb zerstörenden Kraft stellt sie sich als eine bedingte Belastung dar und zwar die Auflassungsvormerkung nicht anders wie die Hypothekenvormerkung. Das Recht zur Sache ist im Liegenschaftsrecht anerkannt. Jeder, welcher ein persönliches Recht auf ein Liegenschaftsrecht hat, kann die Verdinglichung desselben durch Vormerkung verlangen.

Rechte zur Sache können nach dem BGB. (§ 883) zwar nicht an Mobilien, wohl aber an Immobilien, und zwar durch Vormerkung im Grundbuche begründet werden, in Bezug auf alle durch Grundbuchseintragung schützbaren, also im Wesentlichen alle sachenrechtlichen Verhältnisse. Enneccerus-Lehmann II. 13 Ziff. 8.

§ 854. 1. Zum Besitzbegriffe. Aus § 854 Abs. 1 geht hervor, daß hier der Besitz nicht mit der Erlangung der thatsächlichen Gewalt zu identifiziren ist, daß der Besitz hier auch nicht die Bedeutung der thatsächlichen Gewalt hat (vgl. Neumann, Handausg. Note 1 zu § 854). Im Zweifel muß daher den Worten Besitz und Besitzer auch an allen anderen Stellen die gesetzlich fixirte Bedeutung der Rechtsfolge einer thatsächlich erlangten Gewalt gegeben werden. Bekker in Bernhöft und Binders Beiträgen **1** 16.

§ 857 macht es nach Gierke (Fahrnißbesitz 9) unmöglich, den Besitz des BGB. als nur thatsächliches Verhältniß anzusehen, es ist ein selbständiges Verhältniß des Sachenrechts.

Darüber, daß der Besitz ein durch § 823 Abs. 1 geschütztes Recht ist, s. o. zu § 823 S. 465 und I 8 f S. 467.

2. Besitzwille. Ob zum Besitzerwerbe Besitzwille erforderlich, ist streitig. Es verlangen ihn nicht: Planck, Bekker (Jherings J. **34** 1 ff., 33), Leonhard,

Oesterr. Allg. GerichtsZ. 97 281, Gierke, Fahrnißbesitz 4, Dernburg, Sachenrecht 54 ff. (außer bei Besitzerwerb durch einen Anderen), Cosack, Lehrbuch (1900) II 68 ff. (außer bei vertragsmäßigem Besitzerwerbe). Dernburg spricht, wenn Besitzwille fehlt, von „Nebenformen des Besitzes". Leonhard, Vertretung beim Fahrnißerwerbe 69 ff.: Auch Geisteskranke und Kinder können Besitzer sein.

Abweichend a) Affolter, Das Willensmoment beim Besitzerwerbe A.bürgR. 17 1 ff.: Der scheinbar fehlende Besitzwille erkläre sich in den Fällen, wo Besitzschutz gewährt wird, aus der rückwirkenden Kraft eines erst nach dem corpus eintretenden Besitzwillens.

b) Frank, Besitzwille 14 ff. folgert aus den Worten des § 867 „sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist" die Nothwendigkeit des Besitzwillens, weil sonst der Grundstücksbesitzer den Besitz an der Sache schon mit ihrem bloßen Gelangen auf sein Grundstück erlangte. — Besitzwille sei nicht ein animus rem sibi habendi, sondern ein natürlicher Wille, das bloße bewußte Wollen des thatsächlichen Erfolges, der den objektiven Thatbestand der thatsächlichen Gewalt darstelle (17). Diese sei die Sicherheit, eine Sache nach allen Richtungen nützen zu können, Eingriffe Dritter nicht vorausgesetzt. Nach Dernburg setzt sie einen befestigten dauernden Zustand voraus.

c) Enneccerus-Lehmann II 66 ff. fordern zum Besitzerwerbe zwar im Allgemeinen Besitzwillen, nehmen aber an, daß durch Erlangung der thatsächlichen Gewalt über eine Sache, ohne Rücksicht auf die Kenntniß der Sachlage, Besitz dann erworben wird, wenn angenommen werden kann, daß bei Kenntniß der Sachlage ein vernünftiger Mann den Besitzwillen haben würde.

Auch Inhabung erfordere gleich dem Besitze das Requisit des animus possidendi in diesem Sinne und unterscheide sich von dem juristischen Besitze nur durch die Versagung des Rechtsschutzes.

Unter denjenigen, die Besitzwillen nicht fordern, ist wiederum streitig, wie weit Besitz ohne Besitzwillen anzuerkennen und zu schützen ist. Kniep, Besitz, will den vom Geschäftsunfähigen erworbenen Besitz nur insoweit schützen, als sich diese Personen in einem thatsächlichen Gewaltsverhältnisse zur Sache dort befinden, wo die Rechtsordnung sie haben will. Dagegen will Gaertner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuem deutschen Rechte 130, Besitzschutz auch ohne nachweisbaren Besitzwillen überall da gewähren, wo der äußere Anschein Dritten gegenüber besagt, daß die Wegnahme der Sache durch Dritte als Verletzung empfunden würde. Hierzu bemerkt Siber, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers 37 f., daß zwar zur Besitzerlangung vom Erfordernisse des Besitzwillens abzusehen sei, aber nicht bei Ertheilung des Besitzschutzes, daß mithin ein Anspruch des Geschäftsunfähigen aus Besitzentziehung oder -Störung nur begründet ist, wenn diese ohne den Willen des gesetzlichen Vertreters geschieht. Raap, „Besitzerwerb ohne Besitzwillen" will nur insoweit Besitzschutz gewähren, als für solchen Erwerb eine justa causa vorhanden sei. Solche liege vor, wenn das corpus von der Zuwendungs-Absicht eines Anderen oder des Gesetzes getragen wird (152); als Beispiele für letzteres werden §§ 911 Satz 1, 946, 964 angeführt (79).

3. Besitzerwerb durch Vertreter. Leonhard, Vertretung beim Fahrnißerwerbe, hält ihn für ausgeschlossen. Es gebe keine Vertretung im unmittelbaren Besitze. Die Geschäftsvertreter seien — mit Ausnahme des Besitzdieners — selbst unmittelbare Besitzer und zugleich Besitzmittler (57), ebenso der gesetzliche Vertreter (62 ff.). Diese Sätze seien zwingendes Recht (66 ff.). Aehnlich Bochalli, Die Ausnahme vom Vertretungsprinzip 49 ff.

Regelsberger, Besitzerwerb durch Mittelspersonen, Jherings J. 44 424, führt nach geschichtlicher Entwickelung das BGB. betreffend aus:

Der zur Uebergabe einer Sache obligatorisch Verpflichtete will sich durch deren Aushändigung seiner Pflicht gegenüber seinem Gläubiger entledigen. Uebergiebt er die Sache zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit einem Anderen, so soll dieser unter den regelmäßigen Umständen die Sache nur auf Zeit haben, nur um sie dem Gläubiger zu übermitteln. Der Empfänger steht demnach als thatsächlicher Inhaber zu dem Erwerbsberechtigten in einem Verhältnisse, das dessen mittelbaren Besitz herstellt.

Anders, wenn der Erwerbsberechtigte den Empfänger ermächtigt hat, die Sache für sich selbst in Empfang zu nehmen. In diesem Falle wird der Empfänger alleiniger Besitzer. Und dafür ist gleichgültig, ob der zu der Uebergabe Verpflichtete von dem inneren Verhältnisse zwischen seinem Gläubiger und dem Empfänger Kenntniß hat oder nicht.

Es ist denkbar, daß Jemand den Uebergabepflichtigen beredet, ihm die Sache auszuhändigen, indem er die Genehmigung des Erwerbsberechtigten in Aussicht stellt. Hier hängt der Erfolg von dem Verhalten des Erwerbsberechtigten ab. Versagt er die Genehmigung, so erweist sich der Traditionsversuch als mißlungen, der Empfänger hat jetzt die Sache als Okkupant.

So, wenn der Empfänger nicht der aus dem Grundverhältniß Erwerbsberechtigte ist. Wird dagegen Jemandem eine Sache übergeben, die ihm geschuldet ist, so wird er alleiniger Besitzer. Zwar kann er verpflichtet sein, die Sache einem Anderen zu übertragen; so, wenn er sie im Auftrag eines Anderen, aber nicht in dessen Namen gekauft hat. Hier liegt indeß die Sache nicht so, daß sich der Auftraggeber einstweilen zu Gunsten des Beauftragten der unmittelbaren Gewalt begiebt. Ob sie in sein Machtverhältniß kommt, hängt von der weiteren Entschließung des Beauftragten ab.

4. Besitz an Elektrizität: Eine der Natur der Dinge angepaßte und beschränkte Ausübung thatsächlicher Herrschaft ist auch über die Energieen (Schall, Licht, Elektrizität, Magnetismus) denkbar, und daher kann auch die elektrische Energie Gegenstand des Besitzes sein. Pfleghart, Die Elektrizität als Rechtsobjekt 46 ff. (vgl. o. § 433 Ziff. 2 und § 631 Ziff. 1 f. S. 394.)

Der Besitz an der elektrischen Energie wird erworben auf dem Wege der Erzeugung elektrischer Ströme oder in Folge Uebertragung seitens des Produzenten an einen Konsumenten und Abnahme durch diesen vermittelst der Handhabung eines Ausschalters, der je nach Bedarf den Stromkreis zu schließen und zu öffnen bestimmt ist. Der Ort, wo die Besitzesübertragung stattfindet, braucht aber nicht mit der Stelle, an welcher der Ausschalter angebracht ist, nothwendiger Weise zusammenzufallen, die Tradition geht vielmehr da vor sich, wo die elektrische Energie mit dem Moment des Schließens des Stromkreises in den Machtbereich des Abnehmers gelangt, also in der Regel an der Haus- oder Zimmerwand, bei größeren Abnehmern auch an den Speisepunkten oder Transformatorenstellen. Wo es an einem Ausschalter als Mittel zur willkürlichen Ueberleitung der Energie in die Leitung und Apparate des Konsumenten mangelt, ist anzunehmen, daß die Absicht der Parteien gar nicht auf die Lieferung von Elektrizität als Waare, sondern nur auf die Vornahme einer Handlung durch den Produzenten gerichtet sei. Eine Besitzestradition erscheint in einem solchen Falle demnach als ausgeschlossen. Pfleghart, a. a. O. 57 ff.

5. Zusendung unbestellter Waaren macht nach Josef, DJZ. 01 383 den Empfänger nicht zum Besitzer; er habe keine Verpflichtung zur Herausgabe (Eigenthumsklage aus § 985 gegen ihn nicht begründet), sondern nur die Wegnahme zu gestatten. Erst wenn er bezüglich dieser Verpflichtung in Verzug, entstehe für ihn die Verpflichtung zur Herausgabe und damit sei die Passivlegitimation gegenüber der Eigenthumsklage gegeben. Empfänger dürfe die un=

bestellt zugesandte Waare auf die Straße werfen (anders unter Kaufleuten bei zu viel gesandter Waare), aber nicht zerreißen, verbrennen ꝛc., denn dadurch ergreife er davon Besitz.

Dagegen Mantey, R. 01 513, der annimmt, daß der Empfänger bereits durch die Empfangnahme der Sache den Besitz erlangt habe, so daß in dem Wegwerfen der Sache nicht mehr ein Ablehnen des Besitzerwerbes (wie Josef meint) erblickt werden könne.

Aßmann, Die unbestellten Zusendungen, 122, giebt dem Absender den Anspruch auf Herausgabe gemäß § 985 nur, wenn der Adressat den Besitz der Waaren ergriffen hatte. Die Frage aber, ob eine Besitzergreifung durch den Adressaten stattgefunden hat, sei je nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles zu entscheiden. Vgl. über diese Fragen auch o. zu § 155 Ziff. 3.

6. Ueber die Frage, ob an wesentlichen Bestandtheilen ein besonderer Besitz stattfindet, s. oben Note 2 zu § 93, und unten zu § 865.

7. Abs. 2. Ist die Einigung zwecks Besitzübertragung ein Rechtsgeschäft? Dies bejaht Biermann, Note 3 zu § 854: Die Einigung ist ein Vertrag; der Erwerber darf also nicht geschäftsunfähig sein, es dürfen keine Willensmängel vorliegen. Endemann II 148 Anm. 24: ein dinglicher Vertrag, ein abstraktes Rechtsgeschäft. Bruck, Einigung 20; Fischer-Henle Anm. 5, 8 und 10; Strohal 81; Bendix, Besitzlehre 11; Staudinger zu § 854 Abs. 2. Die Frage verneinen Maenner, R. d. Grundst. 97: Die Einigung nach Abs. 2 ist kein Rechtsgeschäft; sie bezweckt die Herstellung eines thatsächlichen Zustandes, aber nicht die Herbeiführung der rechtlichen Folgen, die sich an den thatsächlichen Zustand knüpfen; Planck Anm. 3a zu § 854. Manigk, Anwendungsgebiet 201 ff., hält die aus der Ansicht seiner Gegner folgende Konsequenz, die Geschäftsunfähigen wohl zur einseitigen Apprehension, aber nicht zur Tradition des Besitzes zuzulassen, für unnatürlich, während Planck, der grundsätzlich mit Manigk hier übereinstimmt, gerade die Vorschriften über den Einfluß von Geschäftsunfähigkeit und Willensmängeln analog anwenden will. — Die Frage, ob auf die Einigung des § 854 Abs. 2 die Bestimmungen über Anfechtung Anwendung finden, wird bejaht von Raap, Besitzerwerb ohne Besitzwillen 65 ff.

Vollzieht ein Dritter statt des Besitzerwerbers die Einigung, so kann dieser nur Besitzer werden, wenn jener nicht selbst die thatsächliche Gewalt erworben hat. Leonhard, Vertretung beim Fahrnißerwerb 58 ff. u. Strohal a. a. O. 86. A. M. Planck, Note zu 3a zu § 854.

Dernburg 61 ff.: Liegt eine Einigung über die Uebertragung des Besitzes einer Hauptsache vor, so erstrecken sich die Einigung und zugleich die Besitzübertragung im Zweifel auf das Zubehör, das sich nicht im Besitz eines die Besitzergreifung nicht anerkennenden Dritten befindet. Bei einseitiger Besitzergreifung muß thatsächlich der Besitz der Zubehörstücke ergriffen sein. Biermann Note 4 zu § 854: Mit dem Besitz der Hauptsache wird der Besitz am Zubehör nicht ohne Weiteres erworben.

8. Aus der Praxis:

OLG. 3 26 (KG.). Besitzerwerb an der Außenwand eines Hauses durch Anbringung eines Schildes.

OLG. 5 150 (Breslau). In der Aussonderung, Vorzeigung und Abstempelung von Hölzern, die auf dem eingefriedeten Lagerplatze des Verkäufers verbleiben, liegt keine Uebergabe an den Käufer; der Käufer hat keinen Besitz erworben, wenn die Umstände nicht so gestaltet sind, daß der unmittelbaren, wirklichen Ausübung der Gewalt durch den Erwerber kein Hinderniß mehr im Wege steht. Vgl. auch Seuff. A. 57 413 (KG.).

RG. JW. **02** Beil. 285. Zur Besitzübertragung an einzelnen Sachen, die zu einer Sachgesammtheit (Waarenlager) gehören, genügt Bezeichnung nach Menge oder Zahl nicht, sie müssen individuell (körperlich) so bezeichnet sein, daß der neue Besitzer ohne weitere Bezeichnung oder Aussonderung die thatsächliche Gewalt an ihnen ausüben kann.

RG. R. **02** 125: Der bloßen Einwilligung des Eigenthümers zum Brechen von Kies aus seinem Grundstück ist nicht nothwendig die Bedeutung der Einräumung des Besitzes an dem Kies enthaltenden Grundstücke beizumessen.

RG. R. **02** 372: Durch Landesgesetz kann z. B. im Zusammenlegungsverfahren die Besitzübergabe durch Besitzüberweisung seitens der Verwaltungsbehörde ersetzt werden.

§ 855. 1. Das Abhängigkeitsverhältniß: Das zum Besitzdiener (Besitzgehülfen) stempelnde Abhängigkeitsverhältniß muß ein äußerlich erkennbares sein. Dernburg 48.

Frank, Besitzwille nach dem BGB. 27—36. Ausschlaggebend ist nicht das Auftreten der im § 855 bezeichneten Personen nach außen oder das Handeln im fremden Interesse, sondern die Thatsache, daß sie die thatsächliche Gewalt ausüben im Haushalt, im Erwerbsgeschäft eines Anderen oder in einem ähnlichen Verhältniß und daß sie — in allen drei Fällen — vermöge des zwischen ihnen und den anderen bestehenden inneren Verhältnisses verpflichtet sind, in dieser ihrer Stellung den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten.

Leonhard, Vertretung beim Fahrnißerwerbe: Bezeichnend ist das Befehlsrecht des Herrn, das sich nicht auf eine civilrechtliche Grundlage, sondern nur auf soziale oder öffentlich-rechtliche Grundsätze stützt (63 ff.) Vorausgesetzt ist ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Befehlsrecht und Besitzerwerb, für den wiederum besonders die örtliche Lage, die Zugehörigkeit zu den Zwecken des Dienstes und die Unterordnung maßgebend sind. Bei Konkurrenz mit einer privatrechtlichen Befugniß giebt die letztere den Ausschlag (77 ff.). Der Wille des Dieners ist gleichgültig (76 ff.)

Binder, Die rechtliche Stellung des Erben nach deutschem BGB. 57. Der Unterschied zwischen dem Besitzmittler und dem Besitzdiener beruht nicht auf der verschiedenen Dauer des Verhältnisses, sondern auf einer verschiedenen Intensität (gegen Endemann II 130). — Der Besitzdiener kann erst nach Aufhebung des Rechtsverhältnisses, welches seine Besitzdienerschaft begründet, Eigenbesitzer werden.

2. Rechtsstellung des Besitzdieners.

a) Förtsch führt in Gruchots Beitr. **43** 545 ff. aus, daß die Stellung der gesetzlichen Vertreter zwar nicht unter § 855 falle, aber eine analoge sei; in dem Falle, in welchem sie die thatsächliche Gewalt für die vertretene Person ausübten, sei nur die letztere Besitzer; zustimmend Ullmann, A.civPr. **92** 315.

Isay, Geschäftsf. 265 ff. nimmt gegen Förtsch an, daß die gesetzlichen Vertreter nicht bloß Besitzgehülfen seien, sondern Besitzmittler.

Nach Dernburg 50 f. ist der Vormund unmittelbarer, der Mündel mittelbarer Besitzer, der Korporationsvorstand oder -Liquidator aber Besitzgehülfe.

Gesetzliche Vertreter sind unmittelbare, die Vertretenen sind mittelbare Besitzer; Vorstände von Vereinen, Gesellschaften und Genossenschaften gehören zu den Besitzdienern, wenn sie den Weisungen anderer Organe hinsichtlich der betr. Sachen Folge zu leisten haben. Maenner a. a. O. 91.

Kniep, Besitz 50 ff. nimmt an, daß sie sogar allein Besitzer seien, im Falle sie eine juristische Person vertreten.

Nach Bendix, R. **00** 46 ist sowohl der Vormund und Pfleger, wie auch der Vorstand eines rechtsfähigen Vereins, der die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat, unmittelbarer Besitzer, während der Vertretene nur mittelbaren Besitz hat.

b) Isay, Geschäftsf. 268 ff. sucht gegen die herrschende Meinung auszuführen, daß der Besitzgehülfe auch Besitz in dem Sinne habe, daß er Schutz gegen Eigenmacht Dritter genieße, überhaupt insoweit Besitz nur als rein thatsächlicher Zustand in Betracht komme. Wenn das Gesetz sage, nur der Herr sei Besitzer, so sei zu ergänzen, „im Verhältnisse beider zu einander". § 855 stehe zu § 868 im Verhältnisse der lex specialis zur generalis. Als das unterscheidende Moment sei für § 855 die typische Offenkundigkeit der Gestion zu betrachten, das objektivirte Gestionsverhältniß.

c) Unter die Kategorie unselbständigen Vertretungsbesitzes gehören auch die Fälle momentaner Besitzeinräumung zu vorübergehendem, selbständigen Gebrauche. Hier erlangt der Benutzer keinen Besitz im Rechtssinn, also keinen Besitzesschutz. Es liegt hier Innehabung ohne Besitz vor. Enneccerus-Lehmann II 60 ff.

Die Fälle der sogen. momentanen Detention werden durch § 855 nicht betroffen. Leonhard, Fahrnißerwerb 65 ff.

d) Regelsberger, Iherings J. **44** 427. Was Personen, die zu einem Anderen in einem dauernden Dienst- und Abhängigkeitsverhältnisse stehen, innerhalb des ihnen zukommenden Pflichtenkreises für den Dienst- oder Gewerbsherrn erwerben, fällt in dessen unmittelbaren Besitz und Eigenthum. Machen sie die Anschaffungen mit ihrem eigenen Gelde oder mit ihrem Kredite, so borgen sie ihrem Herrn und haben in dem obligatorischen Anspruch ihre Deckung.

3. Aus der Praxis. Seuff. A. **57** 60 (Posen). Der Begriff des Abhängigkeitsverhältnisses erfordert nicht etwa ein dauerndes Dienstverhältniß. Auch der nur für einen Tag oder für eine bestimmte Verrichtung angenommene Tagelöhner ist für die Dauer der bedungenen Leistung von den Weisungen des Dienstherrn abhängig und daher nur Besitzdiener der ihm anvertrauten Sachen und Geräthschaften. Das Abhängigkeitsverhältniß wird durch die Abwesenheit des Geschäftsherrn nicht aufgehoben und durch seine Anwesenheit nicht bedingt.

OLG. **2** 149 ff. (KG.). § 855 setzt ein Abhängigkeitsverhältniß im Haushalte voraus, vermöge dessen Jemand, der fremde Sachen in thatsächlicher Gewalt hat, den Weisungen eines Anderen Folge zu leisten hat. Das Verhältniß zwischen Dienstherrn und Haushälterin ist aber regelmäßig lediglich häuslicher und wirthschaftlicher Art, so daß ihre thatsächliche Verfügungsgewalt auf Gegenstände in Haus und Wirthschaft eingeschränkt ist und sich nicht auf Dinge erstreckt, welche der Dienstherr sich zu persönlicher Verfügung vorbehalten hat.

OLG. **5** 148 ff. (KG.). Besitz an Sachen, die der Vorsteher einer juristischen Person als solcher in seinem Gewahrsame hat, hat lediglich die durch ihn repräsentirte juristische Person selbst. Wie sich in dem Vorsteher sämmtliche Lebensäußerungen der juristischen Person konzentriren, so übt sie durch ihn auch die thatsächliche Gewalt über die Sachen aus, die sich in seinen Händen befinden (s. o. Ziff. 2 und u. Note 5 a. E. zu § 868).

§ 856. 1. Leonhard, Fahrnißerwerb 70. Der Besitz kann nicht durch den bloßen Willen aufgegeben werden, wenn die Gewalt fortdauert. Ebenso Biermann Note 1 u. 2 zu § 856. Kein Besitzverlust solo animo. Auch in der Erklärung, den Besitz nicht mehr haben zu wollen, kann ein Aufgeben der thatsächlichen Gewalt liegen, selbst wenn diese Erklärung von einem beschränkt Geschäftsfähigen oder von einem Geschäftsunfähigen ausgeht. Keine Beendigung des Besitzes durch den Ablauf der Zeit oder den Eintritt einer auflösenden Bedingung.

Neumann, Handausg. Note 2 zu § 856. In den Fällen, in denen der Besitz aus dem Willen, die Sache zu besitzen, abgeleitet wird (z. B. bei Grundstücken), genügt zum Aufgeben des Besitzes die Erklärung eines hierauf gerichteten Willens.

Maenner, Das Recht der Grundstücke 99 ff. Zum Aufgeben des Besitzes einer Sache, die an einem allgemein zugänglichen Orte sich befindet, genügt die Erklärung des Willens, die thatsächliche Gewalt über die Sache nicht mehr zu haben. Diese Willenserklärung ist keine rechtsgeschäftliche, auch die Erklärung eines Geschäftsunfähigen kann genügen. — Von dem Willen des Besitzdieners, für den Herrn die thatsächliche Gewalt auszuüben, ist der Besitz des Herrn nicht abhängig (91).

Neumann-Weimar, in Bl. f. Rechtspfl. in Thür. u. Anh. **46** 305 ff. Aufgabe thatsächlicher Gewalt über die Sache ist es noch nicht, wenn ein Ueberschuldeter unter Hinterlassung von Vermögensstücken in seiner bisherigen Wohnung flüchtig wird. Er will mit der Entfernung seiner Person seine Sachen nicht jedem beliebigen Zugriffe preisgeben, sondern sich nur persönlich der Auftheilung derselben unter seine Gläubiger entziehen. Er kann ja jederzeit zwecks Ausübung der thatsächlichen Gewalt, in welcher er nur vorübergehend durch seine Entfernung verhindert ist, zurückkehren, dieselbe aus der Ferne ausüben, durch Dritte ausüben lassen.

2. Wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz verliert, so erlischt damit nicht auch der mittelbare Besitz an der Sache, wofern nicht auch dem mittelbaren Besitzer die Ausübung der thatsächlichen Gewalt dauernd verschlossen ist. Dernburg 66/67; Buhl, Recht der beweglichen Sachen 31.

OLG. **4** 289 (Dresden). Das bloße Erlöschen des Rechtes zum Besitze führt keine Endigung des Besitzes selbst herbei.

§ 857. Binder a. a. O. 45 ff.: Die Vererblichkeit des Besitzes ist eine Singularität im Besitzrechte des BGB. — Gegen Endemann II 144 Anm. 6. Die Sukzession in den Besitz findet auch dann statt, wenn durch den Tod des Erblassers das zum Besitz legitimirende Recht untergeht (53). Ueber den Untergang des sog. anvertrauten Besitzes durch den Tod des Besitzers (54). Ueber die Vererblichkeit des sogenannten Sequestrationsbesitzes (54) gegen Strohal, Iherings J. **38** 97. — Der Besitz geht nicht auf den Erben über, wenn der Tod unter Umständen erfolgt, welche in Bezug auf die beim Erblasser befindlichen Gegenstände es als unmöglich erscheinen lassen, daß der Erbe den Besitz erwirbt (51 ff.), Strohal a. a. O. 97 ff.

Ebenso Biermann zu § 857. Keine Vererbung des Besitzes, wenn durch den Tod des Erblassers die thatsächliche Gewalt auch für den Erben verloren geht. Der Nacherbe wird mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge nur dann Besitzer der Erbschaftssache, wenn er in der Lage ist, die Gewalt über sie auszuüben.

Maenner a. a. O. 100. Der Satz: „Der Besitz geht auf den Erben über" bedarf keiner Einschränkung; er schließt nicht aus, daß der Besitz dem Erben verloren geht und daß dieser Verlust zeitlich unmittelbar auf den Moment des Absterbens des Erblassers folgt.

Buhl a. a. O. 28. Der Besitzübergang findet mit dem Tode des Erblassers ohne besondere Erwerbshandlung statt. Daß der Erbe nicht in der Lage ist, die Gewalt über die Nachlaßsachen auszuüben, schließt diesen Besitzerwerb nicht aus. So wird z. B. der in Deutschland lebende Erbe Besitzer der Nachlaßsachen, die der deutsche Erblasser im Innern Kameruns besessen hatte.

OLG. **4** 289 (Dresden). Gegenüber der Besitzklage des Erben des Besitzers wegen verbotener Eigenmacht ist der Einwand eines Rechtes auf den Nachlaß nicht zulässig (s. o. zu § 856 a. E.).

§ 858. 1. **Verbotene Eigenmacht.** a) Bendix, Privatrecht 580 und R. **00** 70. **Erstens** muß der Besitz entzogen oder gestört, d. h. also entweder der bisherige Besitzstand gänzlich aufgehoben, beseitigt oder aber nur ein unmittelbarer oder mittelbarer Eingriff in denselben bewirkt sein, z. B. durch thatsächliche Hinderung einer Besitzhandlung, Einführung von Drainröhren in fremden Boden (Strieth. Arch. **80** 117), Entfernung von Grenzsteinen (Strieth. Arch. **94** 319), Vornahme einer Pfändung, auch eine mündliche Drohung an Ort und Stelle wird genügen, wenn dann alsbaldige Verwirklichung zu besorgen ist. Selbst ein bloßes Unterlassen kann einen Eingriff in den Besitzstand enthalten (Entsch. des Pr. ObTrib. **34** 81), dagegen nicht die Verhinderung seiner Ausdehnung über die bisherigen Grenzen hinaus (Entsch. des Pr. ObTrib. **35** 29).

Sodann muß die Besitzentziehung oder Störung ohne den Willen des Besitzers, insbesondere, aber nicht nothwendig, vi, clam, erfolgt sein; das precarium fällt jetzt unter den Begriff der Leihe (§ 604 Abs. 3), schafft also ein Recht; sie kann auch durch List geschehen (Entsch. des Pr. ObTrib. **35** 17). Die Unkenntniß des Besitzers genügt zur Annahme der Widerrechtlichkeit, seine Zustimmung — (diese Einwilligung wird sich der Vermiether z. B. schon im Voraus im Miethskontrakte rechtswirksam ertheilen lassen dürfen) — oder Genehmigung schließt sie aus (Entsch. des Pr. ObTrib. **34** 84, Strieth. Arch. **71** 83, **87** 128, **97** 102); der Konsens eines geschäftsunfähigen Besitzers dürfte aber zum Ausschlusse nicht genügen. Subjektive Widerrechtlichkeit, Vorsatz oder Fahrlässigkeit, also ein Verschulden desjenigen, der den Besitz stört oder entzieht, wird zum Thatbestande der verbotenen Eigenmacht nicht erfordert. Solch ein schuldhaftes Verhalten kann jedoch inhalts der §§ 992, 1007, 2025 Schadensersatzansprüche erzeugen. (Dagegen hält **Gärtner** a. a. O. nur **bewußte** Rechtsverletzung für verbotene Eigenmacht.)

Der Fall verbotener Eigenmacht liegt ausnahmsweise nicht vor, sofern das Gesetz die Besitzentziehung oder Störung gestattet. Ein Recht hierzu ist, z. B. nach den Vorschriften über die Selbstvertheidigung und Selbsthülfe (§§ 228, 229, 859, 860), oder über die Zwangsbefugnisse des Gerichtsvollziehers im Vollstreckungsverfahren (§§ 808 ff., 883 ff. CPO. u. s. w.), begründet. Die den Besitzstand alterirende Handlung stellt sich in diesen Fällen als Ausfluß eines solchen Rechtes dar. Daß hierunter auch der § 1373 (Ehemann) und § 2205 (Testamentsvollstrecker) fallen, verneint **Gärtner** a. a. O. 166. Nach der Fassung des Gesetzes nimmt **Buhl** a. a. O. 33 ff. hinsichtlich des § 1373 an, daß der Mann nicht nur von der Frau Einräumung des Besitzes verlangen kann, sondern sich auch einseitig ihr gegenüber in den Besitz setzen darf, ohne daß er dadurch verbotene Eigenmacht begeht und sein Besitz fehlerhaft wird. (Allerdings hat er gegen den Dritten keine weitergehenden Rechte als die Frau. Anm. 2.)

Zu unterscheiden hiervon ist nach **Buhl** a. a. O. 34 die Frage, ob der zur einseitigen Besitznahme Berechtigte auch gegen den Widerspruch oder Widerstand des Besitzers sich der Sache bemächtigen und dabei auch, abgesehen von den gewöhnlichen Fällen der Selbsthilfe (§ 229), nöthigenfalls Gewalt anwenden darf. Diese gesteigerten Befugnisse stehen dem Gerichtsvollzieher und dem Vermiether zu, dagegen ist der Konkursverwalter, der Testamentsvollstrecker und der Ehemann auf die Anrufung der Gerichtshilfe angewiesen.

b) Der bisherige Besitz, welcher durch verbotene Eigenmacht entzogen ist, hört auf; der Eigenmächter beginnt zu besitzen. Dieser Besitz ist fehlerhaft gegenüber dem bisherigen Besitzer und dessen Rechtsnachfolgern. Allen Anderen gegenüber ist der Eigenmächter vollberechtigter Besitzer. **Bekker** 48.

c) Objektive Beeinträchtigung fremden Besitzes genügt; guter Glaube entschuldigt den Eigenmächtigen nicht. Maenner a. a. O. 102, Leonhard, Fahrnißerwerb 202 (s. o. Ziff. 1 Abs. 2 a. E.).

2. Fehlerhafter Besitz, OLG. 3 26 (KG.). Die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Miethers an einer Außenwand des Hauses, an der er ein Schild angebracht hat, folgt nicht schon daraus, daß dies ohne Wissen des Hauseigenthümers geschehen ist. Kein heimlicher Besitzerwerb bei Anbringung an der öffentlichen Straße (s. o. Note 8 zu § 854).

3. Nachfolger des Eigenmächtigen. Maenner a. a. O. 93. Besitznachfolger ist auch der indirekte Nachfolger des Eigenmächtigen, aber der Nachfolger muß gewußt haben, daß der Vorgänger fehlerhaft besessen hat. Zur Nachfolge im Besitz ist derivativer Erwerb nicht erforderlich.

Enneccerus-Lehmann II 74/75. Derivativ ist ein Erwerb, welcher sich derartig von der Beziehung des Vormannes ableitet, daß er als Fortsetzung der Beziehung desselben zu dem Objekt erscheint. Das Kriterium einer solchen Sukzession ist, daß Besitzmängel des Vorbesitzers als für den Nachbesitzer fortdauernd betrachtet werden. Derivativer Besitzerwerb ist daher nach dem BGB. (§ 858) nur der Besitzerwerb des Erben.

Dagegen folgert Binder a. a. O. 49 daraus, daß der gutgläubige Erwerber nicht in die vitia possessionis sukzedirt, daß keine Sukzession in den Besitz stattfindet.

4. Die Worte „ohne dessen Willen" (Abs. 1) sind nach v. Seeler, Miteigenthum nach BGB. 19, für das Verhältniß der Mitbesitzer zu einander bei der Besitzstörung durch die Worte „wider dessen Willen" zu ersetzen; sonst ergebe sich ein Widerspruch mit § 744 Abs. 2 BGB. Dawider: M. Wolff, Jherings J. **44** 177 ff.: v. Seeler's Meinung erscheint nicht zutreffend, denn erstens spricht § 744 Abs. 2 nur von gewissen nothwendigen Maßregeln, sodann aber schafft § 744 auch für jene nothwendigen Maßregeln nur ein materielles Recht des Theilhabers, sie zu treffen, aber er regelt nicht die Frage des Besitzschutzes. Wäre dies jedoch selbst der Fall, so würde drittens aus § 744 nicht folgen, daß derjenige Mitbesitzer, der ohne Wissen seines Genossen handelt, günstiger stehe als der gegen dessen Willen handelnde: denn unzweifelhaft hat auch dieser das im § 744 Abs. 2 bezeichnete Recht, die nothwendigen Maßregeln zu treffen. — Es muß vielmehr auch für das Verhältniß der Mitbesitzer zu einander bei dem § 858 bewenden, wonach jede Beeinträchtigung ohne den Willen des Genossen als verbotene Eigenmacht gilt. Erlaubt ist die mit dem Willen der Mitbesitzer vorgenommene Handlung. Einer ausdrücklichen Einigung bedarf es hierbei nicht. In der Anerkennung des Mitbesitzes eines Anderen neben dem eigenen Besitz liegt regelmäßig die Aeußerung des Willens, dem Genossen einen bestimmten Sachgebrauch zu gestatten. Der Sachgebrauch geschieht dann „mit dem Willen" des Anderen; will der Andere ihn nicht gewähren, so muß er dies äußern (179). Gegen Wolff wieder v. Seeler, ebenda **44** 369 f., welcher meint, dieser letztere Satz Wolffs beruhe auf einem offensichtlichen logischen Fehler: In der Anerkennung eines Rechts, einer Rechtsstellung, einer thatsächlichen Herrschaft liegt freilich die Zuerkennung derjenigen Befugnisse, die sich aus diesem Rechte, dieser Rechtsstellung, dieser thatsächlichen Herrschaft ergeben, niemals aber liegt in der Anerkennung die Gestattung von Handlungen, zu deren Vornahme dieses Recht u. s. w. die Befugniß nicht begründet. ➻ Seine Ausführungen scheitern insbesondere an der Unrichtigkeit dieses von ihm aufgestellten Satzes. In der Anerkennung einer Thatsache wird häufig im Wege der Willensauslegung zugleich die Anerkennung anderer Thatsachen gefunden werden müssen. Wer dies bestreitet und darin eine Fiktion sieht, vergißt, daß

in Verbindung mit gewissen Umständen auch das Schweigen eine Willenserklärung enthalten kann. Replik M. Wolffs. ←

5. Hellwig, Subjektive Grenzen der Rechtskraft 354. Voraussetzung für den Satz 2 des Abs. 2 ist, daß der Erbe den Besitz erlangt hat.

§ 859. Abs. 1. Buhl a. a. O. 34: Das Recht des Besitzers, sich der verbotenen Eigenmacht gegenüber gewaltsam zu vertheidigen, untersteht den Regeln des § 227. Ebenso Planck Note 2 zu § 859.

Abs. 2 gestattet nur die gewaltsame Wegnahme der Sache, nicht die Verletzung des Hausfriedens (§§ 102 ff. StPO.). Maenner a. a. O. 103.

Abs. 4. Bekker a. a. O. 11 meint, Abs. 4 könne sich auf Abs. 3 nur dann beziehen, wenn „sofort" aufzufassen sei als post modicum tempus.

RG. in Straff. **34** 249: Selbstschutz ist nur als Abwehr einer drohenden Besitzstörung oder als sofortige Wiederbemächtigung nach der Entziehung zulässig.

§ 860. Der Besitzdiener hat kein eigenes Selbstschutzrecht, er muß seine Thätigkeit einstellen, wenn der Herr es befiehlt. Maenner 104.

Der sog. momentane Detentor hat nicht das Recht des Selbstschutzes. Leonhard a. a. O. 66 (s. o. Note 2c zu § 855).

Zu **§§ 861, 862.** Josef A.bürgR. **15** 265 ff.:

a) Die Vorschrift des ALR., wonach der Besitzkläger „unmittelbar" vor der erfolgten Störung oder Entsetzung sich im „ruhigen" Besitze befunden haben muß, gilt trotz des Mangels einer ausdrücklichen Bestimmung der Natur der Sache nach auch für das BGB. (266).

b) Unter den Begriff der „verbotenen Eigenmacht" fallen die „durch Gewalt, List, heimlich" erfolgten Verletzungen, wogegen nach BGB. der Besitzer gegen denjenigen, welchem er den Besitz „bittweise" eingeräumt hat, eine Besitzklage nicht hat (274).

c) Ein besonderer animus turbandi wird vom BGB. nicht erfordert (274, 275).

d) Ob wörtliche und thätliche Drohungen, Gefährdungen des Aufenthalts u. dergl. eine Verletzung darstellen, ist wie nach ALR. Sache des Einzelfalls (275).

e) Die Klage wegen Besitzstörung setzt nach BGB. voraus, daß die Störung z. Z. der Klagerhebung noch fortdauert (276).

f) Auch dem Zwangsverwalter, dem Zurückbehaltungsberechtigten steht die Besitzklage zu, ebenso dem Prekaristen gegen den Verleiher wie gegen Dritte, nicht aber dem Besitzdiener des § 855 (277 ff.).

g) Die Klage wegen Besitzentziehung findet nur statt, wenn der Beklagte z. Z. der Klagezustellung noch im Besitz ist, während diese Voraussetzung nicht für die Klage wegen Besitzstörung gilt (281, 282).

h) Mit der Besitzklage kann nicht Schadensersatz gefordert werden; zur Begründung des letzteren Anspruchs ist stets auf das Recht zum Besitze zurückzugreifen (288, 289). — Vgl. das. 282—286: über Besitzklagen gegen Nachbesitzer, Theilnehmer an der Besitzverletzung, gegen Bedienstete (Arbeiter), Beauftragte, Verwalter, Vereine, Behörden, Zwangsverwalter und Gerichtsvollzieher, ferner das. 269, 270: über Aktiv- und Passivlegitimation von Eheleuten bei Besitzklagen.

Bendix, Besitzlehre 22: Die beiden possessorischen Interdikte stellen nicht inhaltlich, sondern nur umfänglich verschiedene Ansprüche dar, so daß bei dem Uebergange von dem einen zum anderen Klagänderung nicht vorliegt. (Auch Bendix, Privatr. 526 ff.)

Keine der beiden Klagen als solche geht auf Schadensersatz (Strieth. Arch. **19** 178, Entsch. d. Pr. Ob.Trib. **79** 109), aber die Verbindung des Schadensersatzanspruchs mit dem possessorium ist nicht mehr ausgeschlossen; nur muß daran

festgehalten werden, daß die Begründung des ersteren nicht aus dem Rechte des Besitzes, sondern aus dem Rechte zum Besitze zu entnehmen ist. Bendix, Besitzlehre 27.

Ueber die Frage, inwieweit ein Besitzschutz aus diesen Paragraphen zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer gegeben ist, s. u. zu § 868 Ziff. 3c.

§ 861. 1. Abs. 1. Isay, Geschäftsf. 339, giebt entgegen der herrschenden Meinung (z. B. Endemann II 177) auch dem Besitzdiener das Klagerecht gegenüber Dritten.

Bekker (67) meint, daß, wenn ein Sparkassenbuch eigenmächtig entzogen ist, auch die Restitution des erhobenen Betrags mit der Besitzklage verlangt werden kann.

2. Abs. 2. Die Beschränkung der Besitzklage ist nicht auch eine Beschränkung der Schadensersatzklage; die Schadensersatzklage kann zur Naturalrestitution führen, wenn auch der Anspruch aus § 861 ausgeschlossen ist. Maenner 108.

Hellwig, Subjektive Grenzen der Rechtskraft 355 ff. Der Anspruch gegen den Entziehenden und seinen Nachfolger (§ 858 Abs. 2) ist identisch. Deshalb steht die Einwendung aus Abs. 2 auch dem Rechtsnachfolger des Entziehenden zu; § 864 Abs. 2 findet Anwendung, auch wenn sein Vorgänger (der Entziehende) die Feststellung erstreitet, und die Wahrung der Ausschlußfrist (§ 864 Abs. 1) wirkt auch gegen den Nachfolger des Beklagten. Auch derjenige Dritte muß schlechthin in die Herausgabepflicht eintreten, dem der fehlerhafte Besitzer den Unterbesitz einräumte.

Der Anspruch wegen Besitzstörung geht auch gegen den Dritten, der die störende Anlage von dem Störer in Kenntniß von dessen Eigenmacht erworben hat und beibehält (360).

3. Aus der Praxis. a) OLG. **4** 290 (Braunschweig): Die briefliche Aufforderung des Beklagten an Kläger, die angeblich auf dem Boden des Beklagten stehende Mauer binnen 3 Tagen zu entfernen, sonst werde Beklagter sie auf Klägers Kosten entfernen lassen, ist im vorliegenden Fall, wo die Drohung ernst gemeint und geeignet war, den Kläger in seinem Besitz auf das Aeußerste zu gefährden, als Besitzstörung anzusehen. Eine solche kann auch in einer Handlung bestehen, die die Freiheit des Besitzers in seinen Entschließungen beeinträchtigt, wobei es grundsätzlich keinen Unterschied macht, ob der Besitzer genöthigt wird, Besitzhandlungen vorzunehmen oder zu unterlassen.

In der Literatur ist die Frage, ob auch eine wörtliche Drohung bereits eine Besitzstörung darstellt, sehr bestritten (vgl. o. zu §§ 861, 862 d). Es bejahen die Frage: Endemann II 181 Anm. 7 (der aber auf 350 a. E. eine bedrohliche Berühmung gegenüber der dinglichen Klage nicht für eine ausreichende Grundlage hält), ferner Cosack, Lehrb. II 80; Crome § 862 Anm. 2; Turnau-Förster I (2) 63; Kniep, Besitz 449 ff.) Dagegen verlangen Einwirkung auf die Sache Matthiaß, Lehrb. II 15; v. Liebe, Sachenrechtl. Erörterungen 7; Hellwig, Anspruch 28 Note 11, versagt mit Rücksicht auf den Inhalt der §§ 862 und 1004 bei turbatio verbis die Klage (Beseitigung der Störung). Endlich Dernburg 81 mit der Begründung, daß eine bloß wörtliche Störung nicht als verbotene Eigenmacht bezeichnet werden könne. Demgegenüber meint das OLG. (291 a. a. O.) der Umstand, daß jener Ausdruck gewöhnlich nur bei Handlungen gebraucht werde, könne nicht zu einer aus dem Gesetz nicht zu rechtfertigenden Einschränkung des im § 858 festgelegten Begriffs der „verbotenen Eigenmacht“ führen.

b) OLG. Dresden, SächsA. **11** 493: Der Besitzer kann auf Unterlassung von Störung nicht nur dann klagen, wenn der Gegner ein die Besitzfreiheit beschränkendes Recht in Anspruch nimmt, sondern schon dann, wenn ein that-

sächlicher Eingriff in das Besitzrecht erfolgt ist und die Besorgniß des Besitzers **vor** weiteren Eingriffen objektiv begründet ist.

c) **OLG. 4** 148 ff. (Celle): Der 6 Jahre alten Klägerin ist ein ihr von ihrem Vater geschenktes Pianino, welches sich im Gewahrsame der Mutter der Klägerin befand, auf Grund eines gegen den Vater der Klägerin lautenden vollstreckbaren Schuldtitels gepfändet worden. Die Pfändung, die gemäß § 809 CPO. unrechtmäßig ist, weil sich die zu pfändende Sache im Gewahrsam eines zur Herausgabe nicht bereiten Dritten — der Mutter — befindet, stellt sich sowohl der Mutter als der Klägerin gegenüber als Besitzstörung bez. Besitzentziehung mittelst verbotener Eigenmacht dar, aus welcher gemäß § 861 ein Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes, also auf Aufhebung der Pfändung erwächst.

RG. JW. 02 Beil. 193: Dem Besitzer, der durch Vornahme einer Vollstreckungshandlung aus dem Besitze gesetzt worden ist, steht ein Besitzschutz nicht zu, weil die Besitzentsetzung durch den Gerichtsvollzieher auf Grund einer gegen den Besitzer als Vollstreckungsschuldner vollzogenen Vollstreckung erfolgt ist und der Vorschrift im § 766 Abs. 1 CPO. entnommen werden muß, daß der Vollstreckungsschuldner wegen angeblich rechtswidriger Besitzentziehungen oder Besitzstörungen des gegen ihn vollstreckenden Gerichtsvollziehers auch gegen die Vollstreckungsgläubiger nicht die Besitzklagen habe, vielmehr auf den dort vorgesehenen Rechtsbehelf beschränkt sei.

§ 862. Der Besitzer, insbesondere der Miether, der vom Nachbar durch lufterschütternde, geräuschvolle Maschinen oder übermäßiges Klavierspiel gestört wird, kann auf Grund der Besitzstörungsklage gegen diesen mit Erfolg vorgehen, denn der Nachbar handelt, da er nach § 906 zu exzessiven Immissionen nicht berechtigt ist, widerrechtlich, übt also verbotene Eigenmacht. Dafür aber, diese Klage dem Miether nur gegen den Mitmiether, nicht aber gegen den benachbarten Eigenthümer zu geben (so Neumann, Handausg. Note II 2 zu § 906), ist im Gesetze kein ersichtlicher Anhalt gegeben. Volkmar, DJZ. **01** 382.

§ 863. Gaertner, Gerichtl. Schutz gegen Besitzverlust 193 Note 3 hält trotz Aufhebung des § 260 CPO. die Verbindung der Besitzklage und der Klage aus dem Rechte, ebenso die Widerklage aus dem Rechte gegen die Besitzklage für unzulässig, weil dem Grundgedanken des § 863 BGB. und § 33 CPO. widersprechend. Bezüglich der Widerklage ebenso Planck Anm. 4 zu § 863 bei Annahme der reichsgerichtlichen Auffassung von § 33 CPO. (**RG. 23** 397) gegen die Denkschrift zur Civilprozeßnovelle 43.

Die Frage, ob die Widerklage aus dem Rechte zum Besitz auch dann zulässig, wo seine Geltendmachung als Einrede unstatthaft ist, wird von Haverkamp, R. **01** 617 deshalb bejaht, weil § 864 Abs. 2 die rechtskräftige Feststellung des Rechtes zum Vertheidigungsmittel gegenüber der Besitzklage gemacht habe, so daß § 33 CPO. nicht mehr im Wege stehe. Hiergegen wendet sich Hussong, R. **02** 528, mit dem Hinweise, daß § 864 weder im Abs. 1 noch im Abs. 2 ein Vertheidigungsmittel gegen die Ansprüche aus den §§ 861 und 862 darstelle, sondern diese Ansprüche für erloschen erkläre, so daß der Beklagte es nicht nöthig habe, sich auf § 864 zu berufen. Wenn man aber auch das Vorbringen des Beklagten, daß kein Klaganspruch nach dem Gesetze vorliege, als Vertheidigungsmittel bezeichnen wolle, so sei nach Wortlaut und Sinn des § 864 Abs. 2 nur die Behauptung zugelassen, daß ein solches Recht bereits festgestellt sei. Die Zulässigkeit der Widerklage könne daher aus § 864 Abs. 2 nicht gefolgert werden, sie sei vielmehr gemäß § 863 unzulässig.

§ 864 Abs. 2. 1. a) Bekker a. a. O. 17. Während gegen die Besitzklage nach § 863 nur ein Recht eingewendet werden kann, das die Eigenmacht gestattet, gewährt Abs. 2 die Berufung auf ein Recht auf Besitz, das an sich die

Eigenmacht nicht gestattet, wenn es vorher rechtskräftig festgestellt ist. Hieraus ist zu folgern, daß die rechtskräftige Feststellung eines solchen Rechtes die Befugniß zu eigenmächtiger Durchführung des Rechtes gewährt.

Bekker fragt weiter, ob Abs. 2 nicht auch anzuwenden sei, wenn die gerichtliche Feststellung nur deshalb nicht erfolgt, weil das Recht zum Besitz unbestritten ist oder etwa ohne Prozeß formell oder formlos anerkannt worden ist.

b) Ein Recht an der Sache muß bestehen, nicht genügt eine bloß persönliche Verpflichtung des Besitzers. Planck, Anm. 2a, Maenner 109, Cosack II § 190 Z. VIII 5. A. M Strohal Iherings J. 38 120, Wolff a. a. O. **44** 181, der § 864 überall da entsprechend anwenden will, wo ein obligatorisches, auf eine bestimmte Sache bezügliches Recht in Frage steht; s. auch Neumann, Handausg. Note II 2b.

c) Maenner a. a. O. 109 will daraus, daß § 864 Abs. 2 nur ein nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht ergangenes rechtskräftiges Urtheil erwähnt, schließen, daß ein vorher ergangenes Urtheil bedeutungslos sei.

Neumann, Handausg. Note II 2a meint, die Frage, ob die mit Rücksicht auf ein vorliegendes rechtskräftiges Urtheil verübte Eigenmacht keine verbotene Eigenmacht sei, beantworte sich nach § 858.

2. Einstweilige Verfügung gegen den Ehemann nach § 627 CPO. auf Herausgabe bestimmter Haushaltungsgegenstände an die getrennt lebende Ehefrau steht im Sinne des § 864 Abs. 2 BGB. einem rechtskräftigen Urtheile gleich und der Besitzklage des Ehemanns entgegen. Annalen des sächs. OLG. **22** 323 (auch DJZ. **01** 487).

Der gerichtliche Schutz gegen Besitzdelikte, deren Thatbestand sich in Handlungen erschöpft, die vor dem 1. 1. 1900 liegen, richtet sich in materieller Beziehung nach dem bisherigen Rechte, insbesondere der § 864 Abs. 2 greift zu Gunsten desjenigen nicht ein, der das Besitzdelikt vor dem 1. 1. 1900 begangen hat. **RG. 50** 8 ff.

§ 865. 1. Es ist Besitz auch an Sachtheilen möglich, an denen nach § 93 ein besonderes Recht ausgeschlossen ist. Gierke a. a. O. 6 Anm. 11. Ebenso Neumann, Handausg. Note 4 zu § 865, s. auch oben Note 2 zu § 93.

Landsberg, Kauf v. Holz auf d. Stamme 11. Sonderbesitz an stehenden Bäumen, ohne Besitz der Fläche, kann — z. B. durch Forsthammeranschlag — nicht mehr erworben werden (gegen Dernburg 52 und Biermann 16).

2. Ueber Besitz an Schrankfächern in Stahlkammern und den darin niedergelegten Sachen (Safevertrag) Heinrici, Gruchots Beitr. **44** 825 ff.: Mitverschluß hat nicht immer Mitbesitz zur Folge, dies ergiebt sich auch aus § 1206, welche Bestimmung voraussetzt, daß eine Sache unter dem Mitverschluß eines Anderen stehen kann, ohne daß dieser deshalb Mitbesitzer sein müßte (829). Die Bank hat nicht Mitbesitz, sie will einen solchen durch ihren Mitverschluß auch garnicht haben (832). Der Kunde ist Besitzer des Faches und seines Inhalts. Die Bank hat Fach und Blechkasten im mittelbaren Besitz. Dieses Ergebniß gewinnt an augenfälliger Wahrscheinlichkeit bei den Einrichtungen, wo über dem Doppelschloß ein Riegel angebracht ist, welchen nur der Kunde öffnen kann. Eine prinzipielle Aenderung der Sachlage wird dadurch nicht herbeigeführt. (Vgl. auch Strohal, Iherings J. **38** 33.) Wilutzky, DJZ. **00** 295 nimmt gleichfalls an, daß der Kunde unmittelbarer, der Bankier mittelbarer Besitzer ist. Dagegen entscheidet sich Hancke ebenda 389 für einen Mitbesitz, bei welchem jeder von beiden Theilen unmittelbarer Besitzer ist. Ebenso M. Wolff, Iherings J. **44** 151 Anm. 15.

§ 866. 1. Wesen des Mitbesitzes. Strohal, Iherings J. **38** 113 f., Biermann, Kuhlenbeck, H. O. Lehmann scheiden den Mitbesitz nach ideellen

Quoten und den Mitbesitz zur gesammten Hand je nach der Natur des dem Mitbesitze zu Grunde liegenden Rechtes. Dawider: M. Wolff, Iherings J. **44** 153 ff. Nach Wolff (157—164) läßt der Besitzesbegriff des BGB. (Besitz als „soziales" Machtverhältniß, L. Goldschmidt, Biermann, Planck) eine Mehrheit von Sachherrschaften an derselben Sache offen: jeder Mitbesitzer (gerade so wie der unmittelbare neben dem mittelbaren Besitzer und umgekehrt) ist Ganzbesitzer, nicht Theilbesitzer („schlichter Mitbesitz"). Anders bei dem unmittelbaren Mitbesitz unter Mitverschluß und dem mittelbaren Mitbesitze, wo der Besitzmittler die Sache nur an alle mittelbaren Mitbesitzer gemeinsam herausgeben darf: hier (1206) besteht nicht eine Mehrheit von Sachherrschaften, sondern eine — ungetheilte — Sachherrschaft; Sachherr sind die zur Personeneinheit verbundenen Mitbesitzer („Mitbesitz zur gesammten Hand"). Eine Quotentheilung der Sachherrschaft giebt es nicht; erst der Wille der Mitbesitzer kann in ihr Verhältniß das Moment der Theilung bringen, sofern der Wille auf Ausübung eines Theilrechts gerichtet ist.

Erwerb und Verlust des Mitbesitzes. M. Wolff a. a. O. 165 bis 168. Insbesondere: Aufhebung des Mitbesitzes durch Auflösung in mehrere Theilbesitzverhältnisse oder durch Theilung nach Zeitabschnitten (im Gegensatze zur bloßen räumlichen oder zeitlichen Gebrauchstheilung). (166 f.)

Besitzschutz im Verhältnisse der Mitbesitzer zu einander. v. Seeler, Miteigenthum nach BGB. 5, 16 ff.: ein Besitzschutz findet nur statt zu Gunsten der „reinen Besitzhandlungen" und des „Verbietungsrechts". Dawider M. Wolff a. a. O. 170—172. Dafür wieder v. Seeler, Iherings J. **44** 363—376. Wolff a. a. O. 172—181: § 866 will besagen, daß über die Grenzen des Sachgebrauchs unter den Mitbesitzern im Possessorium nicht gestritten werden solle. Wer eine Besitzhandlung vornimmt, die a) nach seiner vom Gegner bestrittenen Behauptung in den Grenzen des ihm zustehenden Gebrauchs oder b) unstreitig außerhalb dieser Grenzen liegt, genießt keinen Besitzschutz, sondern sein Gegner genießt ihn. Gleichgültig ist zu a), ob der Mitbesitzer den Sachgebrauch auf Grund eines Rechtsanspruchs oder auf Grund der Thatsache eines bestimmten, langjährigen, ungestörten Sachgebrauchs begehrt. Wer dagegen c) die Grenzen des ihm zustehenden Sachgebrauchs unstreitig wahrt, genießt den Besitzschutz. Gebrauchsgrenzen: nicht nur Abgrenzung nach Art und Maß, sondern auch räumliche, zeitliche Gebrauchstheilung (a. M. Endemann, Meisner). Ueber den Besitzschutz, wenn die Vertheilung der Besitzvortheile durch Mehrheitsbeschluß geregelt ist: M. Wolff a. a. O. 180 (gegen v. Seeler).

Besitzschutz der Mitbesitzer gegen Dritte. M. Wolff a. a. O. 181—183: War der Eingriff des Dritten allen Mitbesitzern gegenüber verbotene Eigenmacht, so kann jeder einzelne Mitbesitzer den Besitzschutz geltend machen; nur Einräumung des Alleinbesitzes kann er nicht verlangen, außer wenn seine Genossen den Mitbesitz nicht wieder übernehmen können oder wollen.

Bendix, Besitzlehre 17. Um die Grenzen der Gebrauchsbefugnisse handelt es sich nicht, wenn durch die einseitige Disposition des Mitbesitzers der Andere von der thatsächlichen Herrschaft ganz und gar ausgeschlossen wird.

2. Dernburg 53: Die Mitbesitzer können unmittelbare oder mittelbare Besitzer sein. Von den Besitzern kann einer oder können mehrere Verwahrer der Sache sein, so daß ihre Mitbesitzer nur mittelbaren Besitz haben.

Buhl a. a. O. 24: Häufig kann neben dem Besitzmittler der mittelbare Besitzer zugleich den unmittelbaren Mitbesitz der Sache haben. So steht bei dem Nießbrauch an Inhaberpapieren und an Orderpapieren mit Blankoindossament dem Eigenthümer und dem Nießbraucher der Besitz an dem Papier und dem Erneuerungsscheine gemeinschaftlich zu, während an den Zins- und Gewinnantheil-

scheinen dem Nießbraucher der alleinige unmittelbare Besitz zukommt, so daß bei ihnen der Eigenthümer auf den mittelbaren Besitz beschränkt ist (§ 1081).

§ 867. 1. Biermann zu § 867: Das Gelangen aus der Gewalt des Besitzers ist eine selbständige Voraussetzung neben dem Gelangen der Sache auf ein im Besitz eines Anderen befindliches Grundstück. Zur Inbesitznahme bedarf es einer Handlung des Besitznehmers. Einer Zulassung durch den Grundstücksbesitzer bedarf es nicht, wenn die Voraussetzungen des § 904 vorliegen. Aus gerechtfertigtem Grunde kann die Zulassung verweigert werden. (Ebenso Bekker a. a. O. 1 u. 2. A. A. Planck Anm. 4.) Im Falle der Inbesitznahme ist die Klage aus § 861 nicht begründet.

Gärtner 196: Die „Inbesitznahme" seitens des Grundeigenthümers ist nicht identisch mit dem „Besitzerwerb".

2. Die „Gestattung" des Grundbesitzers, welche §§ 867 und 1005 zur Aufsuchung verlangen, ist dahin zu verstehen, daß seine Genehmigung erbeten werden muß. Sie wird aber vielfach, wenn weder er noch ein Vertreter anwesend ist, vorausgesetzt werden dürfen. Enneccerus-Lehmann II 85.

Auch Bekker a. a. O. 19 und Cosack II 95 machen das Verfolgungsrecht davon abhängig, daß vorher die Erlaubniß des Besitzers erbeten wird, unter Umständen muß zunächst auf Ertheilung der Erlaubniß geklagt werden. (Ebenso Maenner a. a. O. 111.) Dagegen Dernburg 85 ff., welcher annimmt, daß nur dann eine besondere Verstattung des Grundstücksbesitzers einzuholen sei, wenn es sich um ein befriedetes Grundstück handelt, auf welchem der Grundstücksbesitzer zu finden ist.

3. Strohal, Iherings J. 38 47 und Gierke, Fahrnißbesitz 56 Anm. 29 wollen den Anspruch auch gegen den mittelbaren Besitzer zulassen. Dagegen Planck Note 3, da die zweite Kommission es ausdrücklich abgelehnt hat, den Anspruch außer gegen den unmittelbaren Besitzer auch gegen den nur im mittelbaren Besitze befindlichen Eigenthümer zu gewähren.

§ 868. 1. Bekker in Bernhöft u. Binders Beitr. 1 19: Alle Besitzmittler des § 868 müssen stets Besitzberechtigte sein, sie können ebensowohl Besitzverpflichtete wie nicht Verpflichtete sein, daher wäre korrekter gewesen, die Definition darauf zu stellen, daß er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze verpflichtet oder auch nur berechtigt ist. Diese Auslegung aber ist auf die jetzige Fassung zu übertragen.

Für den an derselben Sache bestehenden mittelbaren und unmittelbaren Besitz empfiehlt sich die Bezeichnung „Ober-" und „Unterbesitz", da die Bezeichnung „unmittelbarer Besitz" nicht erkennen läßt, ob es sich um alleinigen Besitz oder um einen solchen unmittelbaren Besitz handelt, neben dem ein mittelbarer besteht. Enneccerus-Lehmann II 58.

Weidemann, Der mittelbare Besitz d. BGB.: Der mittelbare Besitz ist kein fingirter, sondern ein wahrer, der Verkehrsanschauung entsprechender und von jeher als echter Besitz anerkannter (20—26). Daher finden auf ihn auch alle Regeln Anwendung, die für den Besitz schlechtweg gegeben sind. Der mittelbare Besitzer ist possessorisch und petitorisch durch Klage und Einrede geschützt (26—43), erlangt die Stellung des dinglich Berechtigten kraft der Rechtsvermuthung des § 1006 und erwirkt das dingliche Recht selbst auf Grund seines Besitzes (44 ff.), kann aber andererseits auch als Besitzer namentlich mit der Eigenthumsklage verklagt werden (47 ff.).

Hellwig, Subjektive Grenzen, 250 ff.: Die Besitzmittler sind Rechtsnachfolger des nunmehr mittelbaren Besitzers. Mittelbare Besitzer und Besitzmittler sind konkurrirend Besitzberechtigte und werden daher aus einer Besitzentziehung Gesammtgläubiger, beide können Herausgabe an den Besitzmittler fordern. Um-

gekehrt haften bei Ansprüchen, die auf der Schuldnerseite durch den Besitz als solchen begründet werden, beide auf Herausgabe (252), und zwar als Gesammtschuldner, so daß BGB. § 425 Abs. 2, namentlich bezüglich der Rechtskraft Anwendung findet, sofern dieses Besitzverhältniß bereits vor der Rechtshängigkeit begründet war. Die Rückgabe an den mittelbaren Besitzer begründet keine Rechtsnachfolge (337).

2. „Aehnliches Verhältniß." a) Nach Isay, Geschäftsf. 273 ff. ist das Entscheidende im Thatbestande des § 868 das Besitzen auf Grund eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Besitzer einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist; das Rechtsverhältniß müsse vorhanden, brauche aber nicht gültig zu sein.

Thiesing, A.bürg.R. **20** 240 ff.: Der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigenthumsvorbehalt übergeben hat, ist nicht mittelbarer Besitzer. Denn wenn der Erwerber die Sache auch in einem Verhältnisse besitzt, vermöge dessen er dem Veräußerer gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt ist, so ist dieses Verhältniß (nämlich die bedingte Erfüllung durch den Veräußerer) nicht den Beispielsfällen des § 868 ähnlich, da diese ihrer juristischen Wesenheit nach darauf hinzielen, die Sache nur innerhalb gewisser zeitlicher Grenzen dem mittelbaren Besitzer zu entziehen und sie nach Beendigung des Verhältnisses bestimmungsgemäß zu ihm zurückkehren zu lassen, während jenes als Veräußerungsgeschäft seiner Natur nach die Sache definitiv der Machtsphäre des Veräußerers entrücken will. (Vgl. Regelsberger, Iherings J. **44** 423.)

b) Unter „ähnlichem Verhältnisse" sind namentlich Leihe, Auftrag zu verstehen, nicht aber das Erbbau- und Erbpachtrecht, weil in perpetuum berechnet. Bartels, Gruchots Beitr. **42** 647, 669, Wendt A.civPr. **87** 61; a. M. Gierke a. a. O. 7. Planck Note 2b γ: ferner Besitz des Inhabers der elterlichen Gewalt an den seiner Nutznießung oder auch nur Verwaltung unterliegenden Sachen des Kindes; Besitz des Vormundes, Pflegers, Nachlaßpflegers, — Verwalters, Testamentsvollstreckers, (Ullmann A.civPr. **92** 315), des Konkursverwalters. Nach Binder a. a. O. 56 ist der Gemeinschuldner mittelbarer Besitzer; a. M. Seuffert, Konkursprozeßrecht 283.

Durch das Finden verlorener Sachen seitens Dritter erlangen der Verlierer oder der Eigenthümer nicht mittelbaren Besitz. Der Finder ist vielmehr alleiniger Besitzer; so auch Gärtner (149), Strohal (22) gegen Wendt und Bartels a. a. O. 669. Ebenso tritt Bendix R. **00** 46 für mittelbaren Besitz des Verlierers ein, sobald der Finder die verlorene Sache als negotiorum gestor an sich nimmt.

c) Ueber die Frage, ob der Ehemann durch Ausübung des im § 1373 BGB. enthaltenen Rechtes nur unmittelbarer Besitzer der zum eingebrachten Gute gehörigen Sachen wird und daneben einem mittelbaren Besitze der Frau Raum läßt, Ullmann, A.civPr. **92** 306 ff.: Es handelt sich bei dem Verhältnisse, vermöge dessen der Ehemann nur auf die Zeit des Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung zum Besitze berechtigt bzw. verpflichtet ist, um ein Schuldverhältniß, das unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift beruht. Ein mittelbarer Besitz aber wird nicht begründet, wenn es sich um ein durch Gesetz begründetes Schuldverhältniß handelt, vermöge dessen der Besitzer auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. Die Aehnlichkeit mit den Verhältnissen des § 868 erfordert, daß die Ueberlassung der thatsächlichen Gewalt, wenn auch nicht auf einem Rechtsgeschäfte, so doch auf einem ähnlichen Akte der Staatsgewalt beruht. Auch ist der Wille der Nupturienten nicht auf Begründung eines derartigen Verhältnisses gerichtet, mithin liegt auch kein Ueberlassen,

kein Anvertrauen im Sinne des § 868 vor. Die Frau ist daher nicht mittelbare Besitzerin (318).

Auch Endemann (6) II 731 Anm. 12. ist für Alleinbesitz des Mannes, da der Mann nicht in einem rechtsgeschäftlichen Abhängigkeitsverhältnisse zu der Frau stehe, wonach er diese als Oberbesitzerin anerkennen müßte.

Gegen Beide Oertmann, Jherings J. **44** 214 ff.: Sicherlich beruhe ein „ähnliches Verhältniß" in der Regel, gleich den im § 868 aufgeführten Beispielen, auf Rechtsgeschäft. Aber wenn das Gesetz sich entschließe, an gewisse Thatbestände ohne Weiteres eine derartige zeitliche Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitz anzuknüpfen, so zwinge der Wortlaut des § 868 geradezu, auch da überall einen mittelbaren Besitz anzunehmen, wo eine „Aehnlichkeit" des Verhältnisses mit den in dem Paragraphen angegebenen rechtsgeschäftlichen vorhanden sei. Dies ließe sich um so sicherer behaupten, als die dort aufgeführten Fälle zwar in der Regel, aber keineswegs immer eine rechtsgeschäftliche Entstehung aufwiesen, so z. B. wenn sich der Vermiether gemäß § 561 in den Besitz der eingebrachten Sachen des Miethers gesetzt habe. Wollte man aber einen mittelbaren Besitz der Frau nicht annehmen, so würde der Mann sich in der eigenthümlichen Stellung befinden, daß er die Sachen allein besäße, ohne doch Eigenbesitzer zu sein (223).

Das LG. Leipzig, SächsA. **12** 760 ff., nimmt mittelbaren Besitz der Frau an dem eingebrachten Gute an. An dem Vorbehaltsgute stehe der Frau im Zweifel Alleinbesitz zu. (Ausnahme: § 1371 verb. mit § 1430). An Sachen des Mannes habe nur dieser Besitz, die Frau sei nur Besitzdienerin.

d) In Uebereinstimmung mit Bekker (41) führt Wendt (61 f.) aus, daß zu den auf Zeit zum Besitze Verpflichteten alle Beauftragten gehören, denen zur Ausführung des Auftrags irgend etwas übergeben ist (Frachtführer, Spediteure, Post, Eisenbahn, Agenten, Testamentsvollstrecker, Vormünder, Pfleger, Finder).

„Auf Zeit" ist kein Unterscheidungsmerkmal von der unselbständigen Inhabung, sondern vom Besitze des mittelbaren Besitzers, Binder 57 Anm. 75 gegen Bekker (45) und Wendt (65).

3. Rechtsstellung des Besitzmittlers und des mittelbaren Besitzers. a) Bekker Jherings J. **34** 43 ff.: Der Besitzmittler ist Besitzer, hat Selbst- und Gerichtshülfe wider Dritte und auch gegen den mittelbaren Besitzer. Er übt den Besitz in eigenem Namen und aus eigenem — zeitlich beschränkten — Rechte. Er kann den Besitz übertragen durch Sachübergabe und durch Konstitut, aber nur die Sachübergabe kann zum direkten Eigenthumserwerbe des gutgläubigen Nehmers führen (§ 934). (61.)

Der Besitzmittler kann die von ihm besessenen Sachen nicht stehlen, sondern nur unterschlagen (62).

b) Wendt a. a. O. 48—50, 57—60: Aus den Worten „so ist auch der Andere Besitzer" folge nicht, daß Alles, was über die Rechte und Pflichten des Besitzers im Gesetzbuch angeordnet sei, ohne Weiteres auch für den mittelbaren Besitz mitgelte. Im Gegentheil, wo das Gesetzbuch in irgend welcher Beziehung vom „Besitzer" spreche, sei der mittelbare Besitzer niemals mitgemeint. Denn der mittelbare Besitz sei in Wirklichkeit kein Besitz, wie ihn andere Besitzer haben, sondern sei nur eine Fiktion, deren Kern darin bestehe, daß in den fraglichen Fällen neben dem Besitzer selbst auch „der Andere" zur Erhebung der Besitzklagen gegen Dritte berechtigt sein solle. Darüber hinaus reiche die Bedeutung des mittelbaren Besitzes nicht. Insbesondere sei gegenüber dem verus possessor der mittelbare Besitzer auf die petitorischen Rechtsmittel beschränkt, und, was die Selbstvertheidigung und Selbsthülfe des mittelbaren Besitzers an-

lange, so gewähren die allgemeinen Vorschriften der §§ 227 ff. ausreichenden Schutz. § 859 komme hier nicht zur Anwendung.

Gegen diese Ansicht Wendt's, der mittelbare Besitz sei in Wahrheit nur das einen Rückgabeanspruch begründende obligatorische Rechtsverhältniß, Gierke, Fahrnißbesitz 7: Der mittelbare Besitz sei vielmehr eine thatsächliche Sachherrschaft. Der verlierende Eigenthümer hat daher nach Gierke gegen Wendt keinen mittelbaren Besitz an der vom Finder besessenen Sache, der Grundeigenthümer nicht mittelbaren Mitbesitz am Schatze, den der Entdecker besitzt. Andererseits genügt putatives Schuldverhältniß.

Gierke will gegen Wendt alle Besitzvorschriften, von denen das Gegentheil nicht klar erhellt, auch auf den mittelbaren Besitzer anwenden. Ebenso Dernburg a. a. O. 48/49. Derselben Ansicht ist Buhl 39 ff.: Dem mittelbaren Besitzer stehen danach nicht nur die Befugnisse des § 869 und das allgemeine Selbsthülferecht (§§ 227 ff., 904) sondern der gewöhnliche Besitzschutz nach §§ 859 ff. in seinem vollen Umfange zu. Will aber der mittelbare Besitzer außerhalb des Thatbestandes des § 869 das Recht auf den Besitzschutz geltend machen, so muß gegen ihn verbotene Eigenmacht verübt sein. Widerrechtlicher Eingriff in den Besitz kann verbotene Eigenmacht gegen den unmittelbaren und den mittelbaren Besitzer zugleich oder nur gegen einen von ihnen sein (41).

Beispiele: α) gegen beide: Dieb, der dem Verwahrer die verwahrten Werthpapiere stiehlt;

β) nur gegen unmittelbaren: Dritter sperrt den Miether aus der Miethwohnung aus;

γ) nur gegen mittelbaren: wenn der unmittelbare Besitzer die Einwirkung gestattet, z. B. ein Dritter benutzt mit Erlaubniß des Entleihers, das zu kurzem Spazierritt entliehene Pferd zum Hindernißrennen.

Zu α haben beide Selbsthülfe- und Besitzschutzrecht.

Zu β nur unmittelbarer Besitzer, außer bei Entziehung oder Störung, dann beide (§ 869).

Zu γ nur mittelbarer Besitzer.

c) Besitzschutz zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer?

Dernburg 73: Der unmittelbare Besitzer hat Besitzschutz gegen den mittelbaren. Ist in dem zwischen beiden bestehenden Vertrage (z. B. dem Miethvertrage) dem mittelbaren Besitzer ausdrücklich der Zutritt vorbehalten, so giebt ihm diese Klausel nicht bloß einen persönlichen Anspruch gegen den unmittelbaren Besitzer, sondern sie entzieht diesem den Besitzschutz gegen jenen nach Maßgabe des Vertrags.

Cosack II (1900) 82: Dem mittelbaren Besitzer wird ein possessorischer Rechtsschutz nur gegen Fremde, nicht aber gegen den unmittelbaren Besitzer oder einen mit dessen Zustimmung handelnden Fremden gewährt. Ebenso Turnau-Förster I 61 und 64. Dagegen a. M. Bekker a. a. O. 68: Auch der mittelbare Besitzer habe Besitzschutz gegen den Besitzmittler. Voraussetzung sei verbotene Eigenmacht, d. h. eine Handlung, zu welcher der Besitzmittler weder als Besitzer noch als Nießbraucher ꝛc. berechtigt sei, und eine durch diese Handlung bewirkte Störung oder Entziehung des Besitzes. Ebenso Planck Anm. 2 zu § 869; Wendt (s. o.); Bekker 68, Gierke 7 (s. o.); Buhl a. a. O. 42.

4. Endigt mit dem unmittelbaren Besitz auch der mittelbare? Nur dann, wenn durch Aufgabe des Besitzes seitens des unmittelbaren Besitzers dem mittelbaren die Ausübung der thatsächlichen Gewalt dauernd verschlossen ist. Dernburg 66/67.

Weidemann a. a. O. 69: Verloren geht der mittelbare Besitz auch dadurch, daß nur der derzeitige Besitzer die Herrschaft verliert, während die Sache selbst besitzfähig bleibt. Cosack a. a. O. 77 meint, daß in einem Falle, wo der unmittelbare Besitzer seinen Besitz verliert, der mittelbare Besitz als solcher untergehe, weil es nunmehr an einem Besitzer fehle, der zwischen dem mittelbaren Besitzer und der Sache stände. Ebenso Wendt. Dagegen meint Weidemann a. a. O., daß der mittelbare Besitz ungestört fortbestehe, auch sei nicht mit Strohal a. a. O. 107 anzunehmen, daß ein neuer mittelbarer Besitz entstehe, vielmehr dauere der alte fort, nur die Besitzbeschränkung, der neue Unterbesitz, sei neu.

Maenner a. a. O. 101: Solange das Rechtsverhältniß besteht, wird der mittelbare Besitz nur dadurch beendigt, daß der unmittelbare Besitzer die thatsächliche Gewalt aufgiebt oder in anderer Weise verliert; durch die Erklärung des unmittelbaren Besitzers, die Sache als ihm selbst gehörend zu besitzen, wird der mittelbare Besitz nicht beendet.

Auch zum Erwerbe des mittelbaren Besitzes bedarf es nicht des Wissens und Willens desjenigen, welchem der mittelbare Besitz erworben werden soll. Maenner 96, 97.

5. Aus der Praxis. **RG. JW. 02** Beil. 202. Das auf Zeit gegen Entgelt eingeräumte Recht auf Gewinnung von Mineralien in einem fremden Grundstücke kann mit Uebertragung des Besitzes am Grundstücke selbst oder einem Theile davon verbunden sein, braucht es aber nicht.

RG. 49 173 (JW. **02** Beil. 171 ff.). Ein ähnliches Verhältniß ist nicht die abstrakte Vereinbarung eines constitutum possessorium, auch nicht wenn es zeitlich beschränkt ist (ich will für dich besitzen bis zum . . . .), sondern erforderlich ist, daß durch ein konkret bestimmtes obligatorisches oder in Folge von Bestellung eines dinglichen Rechtes an der Sache entstandenes dingliches Rechtsverhältniß ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des sein Recht zum Besitze von dem andern ableitenden unmittelbaren Besitzers begründet sei.

OLG. **2** 80 (KG.). Der Besitz des Entleihers (§ 598) entspricht einem Verhältnisse, wie es der § 868 für den mittelbaren Besitz voraussetzt.

OLG. **2** 40 (Stettin). Der Besitz des Verpächters bleibt neben dem des Pächters bestehen (§ 868); es darf ihm daher vom Pächter nicht verwehrt werden, das Pachtgut zu erlaubtem Zwecke zu betreten.

OLG. **2** 267 (Jena). Durch die Pfändung des Gerichtsvollziehers wird der pfändende Gläubiger mittelbarer Besitzer der gepfändeten Sachen, auch dann, wenn der Gerichtsvollzieher das Pfandobjekt im Gewahrsame des Schuldners beläßt.

OLG. **4** 148 (Celle). An den Sachen minderjähriger Kinder, welche der elterlichen Verwaltung unterliegen, hat der Inhaber der elterlichen Gewalt unmittelbaren, das Kind mittelbaren Besitz (s. o. 2 b).

OLG. Karlsruhe, R. **01** 23 und BadRpr. **00** 208. Ein „ähnliches Verhältniß" im Sinne des § 868 ist auch dann vorhanden, wenn ein Auftraggeber dem Beauftragten Sachen zur Führung des Auftrags überläßt.

OLG. **5** 148 ff. (KG.). Besitz einer juristischen Person an Sachen, die sich im Gewahrsam ihres Vorstehers befinden, s. o. Note 2 a zu § 855.

§ 869. Wendt a. a. O. 52 ff. Sowohl die Klage wegen Störung des Besitzes als die wegen Entziehung desselben stehen dem mittelbaren Besitzer nicht aus eigener Person, sondern nur unter der Voraussetzung zu, daß gegen den wirklichen, d. h. den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht geübt, dieser also wider seinen Willen aus dem Besitze verdrängt oder in demselben gestört ist. Alles, was mit Einwilligung und unter Zulassung des Besitzers geschieht, kann auch vom mittelbaren Besitzer nicht mit possessorischer Klage verfolgt

werden, sondern läßt ihm nur die petitorische Klage übrig. Sobald aber gegen den wirklichen Besitzer verbotene Eigenmacht verübt und damit sowohl für ihn selbst, als für den mittelbaren Besitzer die entsprechende Besitzklage zuständig geworden ist, ist der letztere im Gebrauche seines Klagerechts nicht mehr vom Verhalten des Besitzers abhängig, und es bleibt für ihn gleichgültig, wie sich der Besitzer seinerseits dazu stellt. Das Klagerecht des mittelbaren Besitzers ist nicht auf den Fall eingeschränkt, daß der direkte Besitzer in Unthätigkeit verharrt und seinerseits nicht klagt. Durch nachträgliche Aufgabe des Besitzes seitens des aus dem Besitze verdrängten unmittelbaren Besitzers wird dem mittelbaren Besitzer das einmal erworbene Klagerecht nicht entzogen. Vielmehr tritt dann der Fall ein, daß der mittelbare Besitzer die Aushändigung der Sache an sich selbst beantragen darf.

Ueber die Ansprüche des mittelbaren Besitzers gegen den Besitzmittler s. o. Note 3c zu § 868.

§ 870. M. Wolff, Jherings J. **44** 165. Entsprechend der Uebertragung des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs kann auch der mittelbare Mitbesitz begründet werden durch Verwandelung des Herausgabeanspruchs des mittelbaren Alleinbesitzers a) in einen Gesammtgläubigeranspruch oder b) in einen Anspruch auf gemeinschaftliche Leistung. Dies ist keine Theilabtretung.

§ 871. Wendt a. a. O. 53. Hinter dem wirklichen Besitzer steht hier zunächst ein mittelbar Besitzender, dem gegenüber ersterer auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, hinter dem mittelbaren Besitzer wieder ein Anderer in gleicher Position. Auch ist freier Raum für eine noch weitergehende Häufung der Besitzrechte. Sobald aber der verus possessor den Besitz durch Verlust der thatsächlichen Gewalt verliert, erlöschen im gleichen Augenblicke die sämmtlichen auf jenen Besitz aufgebauten mittelbaren Besitzrechte.

§ 872. Für den Eigenbesitz gelten, was den Erwerb, Verlust und Schutz des Besitzes angeht, keine Besonderheiten. Maenner 92.

Dernburg 46 stellt dem Eigenbesitze den „Fremdbesitz" gegenüber, und unterscheidet innerhalb dieses Begriffs den „Verwaltungsbesitz" und den „Nutzbesitz".

Gierke, Fahrnißbesitz 6 Anm. 10, schlägt als zusammenfassenden technischen Ausdruck für allen Besitz, der nicht Eigenbesitz ist, die Ausdrücke „Beschränkter Besitz" oder „Lehnbesitz" vor. Den Ausdruck Wendt's a. a. O. 44 „abgeleiteter Besitz" erachtet er für zu eng, weil er z. B. auf den Besitz des Finders nicht passen würde.

Zweiter Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Literatur. I. Systematische Darstellungen: Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht und die preußischen Ausführungs- und Ergänzungsbestimmungen. 2. Aufl. Berlin 1900. — Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht. 2 Bände. Leipzig 1902/1903. — Klumpp, Das Deutsche Grundbuchrecht und die Württembergischen Ausführungsbestimmungen. 2. Auflage. Lief. 1—3. Stuttgart 1901/1903. — R. Förster, Handbuch des formellen Grundbuchrechts. Berlin 1900. — Maenner, Das Recht der Grundstücke nach dem BGB. und GBO. für das Deutsche Reich. München 1899. — Siméon, Die Reichsgrundbuchordnung und ihre landesrechtlichen Ergänzungen. 2. Aufl. Berlin 1901. — Gänßle, Das Grundbuch- und Hypothekenrecht des BGB. und der Liegenschaftskaufvertrag des neuen Rechtes 2. Aufl. Stuttgart 1900. — Oberneck, Das formelle Reichsgrundbuchrecht in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 151—187, 454—480, 689—757, 867—913. — Henle, In der d. Not.-Z. 1897, Nr. 9—12 S. 125—190, 1898 Nr. 1—4 S. 19—59, Nr. 5—7 S. 70—113. — Best, Das Grundbuch- und Hypothekenrecht der neuen bürger-

lichen Gesetzgebung f. d. D. R. Gießen 1896. — Ostermeyer, Handbuch des Sachenrechts. Königsberg 1899. — II. Kommentare: Turnau und Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. 2. Aufl. Paderborn. Bd. 1 1902, Bd. 2 1903. — Fuchs, Grundbuchrecht Berlin. Bd. 1 1899, Bd. 2 zusammen mit Arnheim, Heft 1 und 2 1901/1903. — Achilles und Strecker, Die Grundbuchordnung nebst den preußischen Ausführungsbestimmungen mit Kommentar und systematischer Uebersicht über das materielle Grundbuchrecht. Berlin 1901. — Predari, Grundbuchordnung, Heft 1 und 2. Berlin 1900/1902. — Böhm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898. — Brachvogel und Frydrychowicz, Handbuch des Grundbuchrechts. Berlin 1901. — Melchior, GBO. vom 24. März. Hamburg 1901. — Philler, Handausgabe der deutschen Grundbuchordnung. Berlin 1901. — III. Textausgaben der GBO. mit kurzen Anmerkungen von Professer Dr. Otto Fischer, Guttentagsche Sammlung, 3. Aufl. 1903, vom Geh. Reg.-Rat Dr. Johannes Krech, 1900, 2 Aufl. München, Beckſche Verlagsbuchhandlung. — IV. Textausgaben der GBO. mit Erläuterungen von Wilhelm Kranichfeld, 1897, Leipzig, Roßbergsche Hofbuchhandlung, von Willenbücher, OLG.Rath. (Für das Reich und für Preußen), 2. Aufl. 1900, Berlin, Verlag von H. W. Müller, von W. Schwarze, AG.Rat, Berlin 1897, Verlag von Franz Vahlen. — Ferner die bekannten Kommentare z. BGB., insbesondere das Sachenrecht betreffend. Von diesen sind Staudinger-Kober, Biermann, Kuhlenbeck in 2. Auflage und Neumann in 3. Auflage erschienen.

§ 873. 1. Das RG. hat die Frage, ob der obligatorische Vertrag, der die Uebernahme der Verpflichtung zu einer dinglichen Rechtsänderung enthält, der Regel nach formfrei ist, soweit es sich nicht um einen solchen über eine Grundstücksveräußerung und eine Erbbaurechtsbestellung handelt (s. oben zu § 313), mit der in der Theorie herrschenden Meinung bejaht. **RG. 48** 133, **50** 77, JW. **02** Beil. 191, **01** 382.

In der letzteren Entscheidung, in welcher nach dem Thatbestande sich der Eigenthümer mündlich verpflichtet hatte, mit seiner Hypothek hinter eine vom Eigenthümer zu bestellende Hypothek zurückzutreten, hat freilich das RG. angenommen, daß in dem zur Entscheidung stehenden Falle entweder eine Schenkung (§§ 516, 518), oder ein Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB. gefunden werden müsse und ein solches wegen Formmangels ungültig gewesen sei. Dieser Ansicht sind Putzler, JW. **01** 387, Neumann, Gruchots Beitr. **45** 508 ff., Oberneck, D.Not.VZ. 1 276 ff. und Kretzschmar I 146 entgegengetreten. Dagegen billigt Endemann, 8. Aufl. I 624 Anm. 8, die Ansicht des RG. (vgl. o. § 516 Ziff. 1 Abs. 2 u. § 780 Ziff. 1a und d).

Küchendahl, JW. **01** 701 ff. behandelt die Frage, ob aus dem eine Geldschuld begründenden formlosen Vertrag, in welchem zugleich die Bestellung einer Hypothek für die Geldschuld vereinbart ist, wenn demnächst der Schuldner die Hypothekbestellung verweigert, von dem Gläubiger auf Bestellung der Hypothek mit Erfolg geklagt werden kann, und gelangt unter näherer Begründung zur Verneinung dieser Frage (vgl. auch dessen Aufsatz R. **02** 200/201).

Wunderlich, JW. **01** 791 ff. sagt, daß § 873 nur Vorschriften über die „Einigung", nicht aber über das Kausalgeschäft enthält. Die Einigung ist eine Willenserklärung und als solche dem § 894 CPO. unterworfen. Deshalb kann aus dem formlosen Kausalgeschäft auf Vollziehung geklagt werden (vgl. noch Fuchs, Cohen, JW. **01** 747 bzw. 792.

2. Eine sehr umstrittene Frage ist diejenige über die Einigung im Sachenrechte des BGB., namentlich, ob die dingliche Einigung des § 873 als dinglicher Vertrag anzusehen und aus ihm auf Erfüllung geklagt werden könne. Eccius, Gruchots Beitr. **45** 455 meint: Auch wenn die Einigung beim Rechtsverkehr über Grundstücke als Vertrag aufzufassen ist, steht sie doch zweifellos nicht unter den Regeln des Vertragsschlusses; die Fristen für die gegenseitigen Erklärungen fallen weg; ob Einigung erreicht worden, ist Gegenstand freier thatsächlicher Würdigung; Erklärungen des einen Theiles bezüglich

der Einigung gegenüber dem Grundbuchamte begründen Bindung, wenn sie unwiderrufen zu der Zeit vorhanden sind, da die entsprechende Erklärung des anderen Theiles hinzukommt; die ausgehändigte formelle Eintragungsbewilligung liegt als bindende Einigung nur vor, wenn sie vom anderen Theile angenommen, nicht aber, wenn sie zurückgesendet oder abgelehnt ist.

Nach Bruck, Die Einigung im Sachenrechte des BGB., unterliegt es keinem Bedenken, daß die Vorschriften über Vertretung, Vollmacht, Einwilligung und Genehmigung auf die Einigung anzuwenden sind. Hinsichtlich der Einwilligung und Genehmigung steht auch hier Eccius, DJZ. **02** 61, 62, 95, 96 auf einem abweichendem Standpunkte, beide aber lehnen es ab, die Einigung bzw. die bindende Einigung als einen dinglichen Vertrag anzusehen.

Oberneck, DNotV3. **2** 236 wendet sich gegen Bruck und führt aus, daß in der dinglichen Einigung regelmäßig insbesondere auch in der Auflassung ein Verzicht des Erklärenden auf sein dingliches Recht zu Gunsten des anderen Theiles zu finden ist und durch die Annahme dieses Verzichts der Vertragscharakter bewahrt werde. RG. **54** 366 und KG., RJA. **2** 86 lassen die Normen des allgemeinen Theiles über Verträge, soweit nicht im Gesetz ein Anderes bestimmt ist, auf die dingliche Einigung Anwendung finden. Ebenso Planck I 196, Vorbem. zu Buch III, Strecker 25, Jacubezky Bem. 186, Dernburg III § 44 Ziff. II 5, § 63, Rehbein 205, Staudinger-Kober III 52, Endemann § 17, Biermann Anm. 1 zu § 873, Turnau-Förster I 90, Fuchs I 38 ff., Predari 109, 110, Neumann I 561.

Strecker 35 hält auf Grund des dinglichen Vertrags eine Klage auf Bewilligung der Eintragung resp. Löschung in der durch die GBO. vorgeschriebenen Form für zulässig. Auf demselben Standpunkte stehen Endemann II 81, Oberneck 183 ff., Kober III 57, Turnau-Förster 1. Aufl. I 357, Conrad-Foerster, R. **01** 579 ff. und Klumpp 388/389, sowie namentlich Fuchs 59/69, welcher in ausführlicher Begründung diese Auffassung verfochten hat.

Mit großer Entschiedenheit ist diese Ansicht von Goldmann-Lilienthal 1. Aufl. 470 ff. und von Bruck a. a. O. bekämpft worden. Ebenso sind Gegner dieser Ansicht Küntzel, Gruchots Beitr. **42** 98, Eccius, Gruchots Beitr. **44** 764, **45** 455, Predari 110, Neumann I 563 Anm. 15, Biermann Anm. 3 zu § 873, Kretzschmar I 170 und Brettner, R. **00** 393 ff., nach denen eine Verpflichtung zur Abgabe einer Erklärung in grundbücherlicher Form nur aus dem zu Grunde liegenden obligatorischen Rechtsverhältniß abgeleitet werden kann.

Koffka, Festgabe für Wilke **00** 167 ff. sieht in der bindenden Einigung eine Verfügungsbeschränkung, für welche zu Gunsten des Erwerbers die Bestimmung der §§ 892 Satz 2, § 135 BGB. und § 13 KO. maßgebend sind.

Romeick, Zur Technik des BGB., WürttJ. **12** 89/121, findet die eigentliche Funktion und die innere Rechtfertigung des dinglichen Vertrags in Folgendem: Der dingliche Vertrag der Vorparteien ist Gegenstand und Grenze des guten Glaubens des dritten Erwerbers. Die Worte im § 892 Abs. 1: „Es sei denn, daß die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist", ruhen auf der Konstruktion des von der Kausa losgelösten dinglichen Vertrags und sichern den Erwerb des Dritten gerade dadurch, daß sie — abgesehen von der Hypothek — den guten Glauben des Dritten ausschließlich auf die Elemente des dinglichen Vertrags der Vorparteien beschränken, daß also böser Glaube des dritten Erwerbers bezüglich der obligatorischen Beziehungen der Vorparteien unschädlich ist. Der dingliche Vertrag für sich allein wirkt sachenrechtlich noch nicht; weder die Vormerkung ist vom Abschlusse des dinglichen Vertrags abhängig, noch muß der Veräußerer beim Abschlusse desselben zur Veräußerung bereits — wie nach §§ 2, 19 des preuß. Gesetzes v. 5. 5. 72 — sachenrechtlich qualifizirt sein, und auch im Falle des § 878 ist nicht der ding-

liche Vertrag, sondern der gestellte Eintragungsantrag entscheidend. Die Bindung der Betheiligten im Sinne des § 873 Abs. 2 hat sachenrechtliche Bedeutung, jedoch lediglich dahin, daß jeder Theil die Eintragung bestehen lassen muß. Obligatorisch ist die formlose dingliche Einigung nur ein modifizirender und erweiternder Theil des Kausalvertrags und die Klage auf Eintragung bzw. auf Uebergabe muß sich auf den obligatorischen Thatbestand stützen.

3. Nach Strecker 30, Turnau-Förster I 94, Biermann Anm. 2d zu § 873, Predari 114, Böhm 21 zu b, Kretzschmar I 168, Eccius, Gruchots Beitr. **44** 764, 765, Goldmann-Lilienthal 1. Aufl. 480/481 und Neumann I 563 muß die Erklärung vor dem Grundbuchamt, um materiell wirksam zu sein, zu Protokoll abgegeben werden, sie nehmen ferner an, daß die Beglaubigung der dem Grundbuchamt eingereichten schriftlichen Erklärungen erforderlich ist. Oberneck 180, Fuchs 62 Nr. 25, Planck Anm. 4b zu § 873, Cosack 19 Anm. 21, Staudinger-Kober Anm. III 1b zu § 873, Achilles-Strecker 144, Klumpp 370 Nr. 2b, Matthias 27 Anm. 4 stehen in dieser Hinsicht, soweit Reichsrecht in Frage kommt, auf einem entgegengesetzten Standpunkte, weil es nicht darauf ankommt, ob die Erklärungen grundbuchmäßig zur Eintragung führen, sondern nur auf die Feststellung des ernstlichen Willens der Parteien zur Bindung. Landesgesetzlich allerdings werden diese Erklärungen, wie Oberneck, DNotVZ. 2 331 ff. ausführt, zu Protokoll zu erklären sein.

Als eine solche Bindung ist jedoch nicht der Umstand zu erachten, daß ein privatschriftlicher Kaufvertrag zu den Grundakten eingereicht ist, denn § 873 betrifft nicht das dem Erwerb eines Grundstücks zu Grunde liegende obligatorische Rechtsgeschäft, sondern lediglich den abstrakten dinglichen Vertrag. So OLG. **2** 315 (Posen), **RG. 50** 82, JW. **01** 382.

4. Ueber den Inhalt der dinglichen Einigung ist Praxis und Theorie insoweit einig, als der Gebrauch bestimmter Worte für die materielle Einigung gleichgültig ist und als Voraussetzung für die Eintragung im Grundbuche nicht in Betracht kommt. Es genügt vielmehr, wenn der auf die Rechtsänderung gerichtete Wille klar zum Ausdrucke gelangt. Das zu Grunde liegende Geschäft und das Leistungsgeschäft werden von einander getrennt. Das letztere hat einen abstrakten Charakter. Für die von den Parteien gewollte Rechtsänderung bedarf es nicht der Darlegung des zu Grunde liegenden Geschäfts. So OLG. Colmar, Elf. Lothr. JZ. **25** 256. Ueber die Streitfrage hinsichtlich des Inhalts der Auflassungserklärung siehe u. zu § 925; vgl. **RG. 54** 364.

5. Ueber das Verhältniß der Eintragung, der Eintragungsbewilligung und des Eintragungsantrags zum dinglichen Vertrage führt zunächst Förster, Handbuch des formellen Grundbuchrechts 67 aus: Die Eintragungsbewilligung stellt nach GBO. einen im Interesse der leichteren Abwickelung des Grundbuchverkehrs zugelassenen Ersatz des dinglichen Vertrags dar, welcher nicht, wie der letztere, die Voraussetzungen zu einer Rechtsänderung nach materiellem Liegenschaftsrechte vollständig ergiebt. Der Grundbuchrichter darf deshalb stets auch auf Grund des Nachweises des Abschlusses des dinglichen Vertrags ins Grundbuch eintragen, auch wenn keine Eintragungsbewilligung erklärt ist. Denn ihm ist dann mehr nachgewiesen, als das formelle Grundbuchrecht verlangt.

Jeppe, CBlFrG. **00** 205, 207, 209 meint: Der Eintragungsantrag ist ein dritter, zwischen Einigung und Eintragung liegender, diesem gleichwerthiger, selbständiger Thatbestand, von dessen Vorhandensein der Eintritt der Immobiliarrechtsveränderung abhängt. Der Antrag ist kein Bestandtheil mehr der Einigung, aber auch nicht bloßes formelles Erforderniß des Grundbuchverfahrens, da sich erhebliche materielle Rechtswirkungen an denselben knüpfen.

Fuchs I 68, Turnau=Förster I 90, Oberneck 176, 182 betonen, daß die Eintragung nicht als die Form der dinglichen Einigung zu betrachten ist, sondern nur gesetzliche Bedingung der Wirksamkeit des dinglichen Vertrags bzw. des Rechtserwerbes ist und ihr formale Rechtskraft nicht zukommt.

Das KG. (KGJ. 21 A 306) führt aus: Abgesehen von den §§ 925 und 1050 BGB. ist es nicht erforderlich, daß die Einigung der Betheiligten der Eintragung eines Rechtes oder einer Rechtsänderung im Grundbuche vorhergeht. Die Eintragung erfolgt, ohne daß es auf den Nachweis der Einigung ankommt, regelmäßig auf die Bewilligung desjenigen, dessen Recht von derselben betroffen wird. Das Recht entsteht aber erst, wenn Einigung und Eintragung vorliegen.

Staffel, Ein Beitrag zur Lehre vom dinglichen Vertrag, SächsA. 9 360 ff. verbreitet sich über das Verhältniß des obligatorischen zum dinglichen Geschäftes folgendermaßen: Wenn Grundgeschäft und dingliches Geschäft in einen Akt zusammenfallen, so können Mängel des ersteren bei der Prüfung der Gültigkeit des letzteren nur berücksichtigt werden, wenn sie diesem (dem dinglichen Geschäft) ebenfalls anhaften. Dagegen läßt sich nicht sagen, daß dies auch ohne diese Voraussetzung statthaft sei, wenn nur das Geschäft im Ganzen im Hinblick auf die Mängel des Grundgeschäfts dem Parteiwillen nicht entspreche (§ 139 BGB.). Denn das dingliche Geschäft hat einen stereotypen Inhalt, der innerhalb des fest begrenzten Kreises seiner Bestandtheile zwar von Willensmängeln beeinflußt, nicht aber durch die Parteiabsicht erweitert werden kann. Es giebt also nur objektive, nicht auch subjektive wesentliche Bestandtheile des dinglichen Geschäfts.

6. Ueber das Verhältniß des § 185 zum Grundbuchrecht s. o. zu § 185 Ziff. 2.

§ 874. Die Theorie ist darüber einig, daß sich § 874 nicht auf das Eigenthum bezieht, sondern auf Rechte an Grundstücken (Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrechte, Reallasten). Streit aber herrscht darüber, ob sich die Vorschrift auch auf Rechte an Grundstücksrechten erstreckt. Turnau=Förster I 118 Anm. 3, Maenner 81, Predari 120 verneinen, Oberneck 192 a. E., Fuchs I 74 Anm. 2 bejahen. Erstere halten sich lediglich an den Wortlaut des Gesetzes, letztere legen dem Sinne nach aus.

Fuchs I 74 meint, daß nur auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden darf, nicht auf den dinglichen Vertrag, wenn dieser mit der Eintragungsbewilligung nicht zusammenfällt.

§ 875. 1. Die oben Ziff. 2 und 3 zu § 873 erörterte Streitfrage über die bindende Kraft der Erklärung, über deren Form und Wirkung kehren bei Auslegung des Abs. 2 § 875 wieder.

In der bindenden Erklärung soll nach Koffka, Festgabe für Wilke 175, Fuchs I 77 Anm. 51 eine Verfügungsbeschränkung gemäß § 892 liegen, welche dem schlechtgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerber, bzw. dem nichtrechtsgeschäftlichen gutgläubigen Erwerber entgegensteht. Dagegen Prot. III. 72, Turnau=Förster 122 a. E., Planck 80 Anm. 6 zu § 875, Biermann 51 Anm. 1a und die übrigen Kommentatoren, nach deren Auffassung die Rechtslage folgende ist: Durch die Verzichtserklärung ohne Löschung erlischt das Recht nicht; tritt also der Berechtigte vor erfolgter Löschung sein Recht ab, so muß das Grundbuchamt dem Antrag auf Umschreibung stattgeben, wenn nicht etwa bereits der Antrag auf Löschung eingegangen ist. Das Recht geht auf den Erwerber über selbst bei dessen Kenntniß von dem Verzichte. Das Grundbuch ist vor der Löschung nicht unrichtig.

Oberneck 189, Fuchs 76, 77, 81 Anm. 7, Turnau=Förster, 1. Aufl. I 116 stimmen darin überein, daß aus der bindend gewordenen Verzichtserklärung ein klagbarer Anspruch des Begünstigten auf Beschaffung der zur Löschung nothwendigen formgerechten Urkunde hervorgeht. Dieser Anspruch wird namentlich

dann gegeben sein, wenn der Verzicht in nicht beglaubigter Form (Privatschrift) dem Grundbuchamt eingereicht ist, was jene Schriftsteller für zulässig erachten. Dagegen aber die meisten Kommentatoren (s. oben Ziff. 3 zu § 873) und Turnau-Förster, 2. Aufl. I 91.

Fuchs a. a. O. hebt noch besonders hervor, daß die Aufgebungserklärung nicht identisch ist mit der Löschungsbewilligung; die erstere ist an keine Form gebunden. Die Ordnungsvorschriften der GBO. finden auf sie keine Anwendung.

Die Ablehnung der formalen Rechtskraft der Eintragung zeigt sich bei der Aufhebung eines Rechtes am Grundstücke darin, daß die Löschung dieses Rechtes ohne entsprechende Verzichtserklärung eine Aufhebung desselben nicht bewirkt und das Recht auf Grundbuchberichtigung giebt. Eine unrechtmäßige Löschung im Grundbuche hat also nicht den Untergang des dinglichen Rechtes zur Folge. So Fuchs 77 Anm. 5a; Oberneck 187 Nr. 7 f.; Ebbecke, Grundsätze 12.

§ 876. Die Motive III 464 unterscheiden zwischen der unmittelbaren (Satz 1 § 876) und mittelbaren Belastung (Satz 2 § 876): Das aufzuhebende Recht am Grundstücke kann, wenn ein veräußerliches Recht vorhanden ist, unmittelbar belastet sein, entweder nach den Vorschriften über die Belastung von Grundstücken, wenn das aufzuhebende Recht Grundstücksqualität hat, oder nach den Vorschriften über Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten. Bei subjektiv dinglichen Rechten ist nur eine mittelbare Belastung vorhanden, so daß also bei rechtsgeschäftlicher Aufhebung von subjektiv dinglichen Vorkaufsrechten, Grunddienstbarkeiten und Reallasten die Möglichkeit bleibt, daß das Grundstück mit Rechten, insbesondere Gebrauchsrechten belastet ist, für deren Verwirklichung der Fortbestand des aufzuhebenden Rechtes ohne jede Bedeutung ist.

Oberneck 188 faßt bei den subjektiv dinglichen Rechten den Kreis der Drittberechtigten dahin zusammen, daß zu denselben alle Realinteressenten gehören.

Dernburg III 127 Ziff. 3 führt als Beispiel für den Satz, daß die Zustimmung der dinglich Berechtigten nur dann nicht erforderlich ist, wenn deren Rechte durch die Aufhebung nicht berührt werden, den Fall an, daß die Grundgerechtigkeit älter ist als die Hypothek. Fuchs I 79 Anm. 2a bekämpft diese Ansicht, weil die Hypothek sich auf die Grundgerechtigkeit als Bestandtheil des Grundstücks erstreckt (§ 96 BGB.), mag sie älter oder jünger sein als das Wegerecht. (Vgl. auch Oberneck 188 Abs. 1.)

Oberneck 189 weist darauf hin, daß bei mangelnder Zustimmung des Drittberechtigten die Verzichtserklärung des unmittelbar Berechtigten keine Wirkung hat, auch nicht einmal eine relative in dem Sinne, daß das Recht unter Vorbehalt der Rechte der Drittberechtigten erlischt. Ebenso Fuchs 80 Anm. 5.

Von Dernburg III 127 Ziff. 3 Abs. 4 wird hervorgehoben, daß die für die Buchung gegebene Vorschrift des § 21 GBO., wonach die Zustimmung jener Drittberechtigten nur gefordert wird, wenn das Recht, welches gelöscht werden soll, auch auf dem Blatte des herrschenden Grundstücks vermerkt ist (§ 8 Abs. 1 GBO.), die materiell-rechtliche Vorschrift des § 876 nicht berührt, und bei deren Nichtbeobachtung der Berichtigungsanspruch gegeben ist, solange nicht der Glaube des Grundbuchs einem Dritterwerber schützend zur Seite steht. So auch Fuchs I 81. Abweichend Staudinger-Kober Nr. 2b zu § 876.

Die Motive III 463 ff. führen als Beispiel für das Nichterforderniß der Zustimmung des Drittberechtigten den Thatbestand an, daß die Aufhebung eines dem jeweiligen Eigenthümer des Grundstücks zustehenden Vorkaufsrechts ohne jeden Einfluß auf ein vorstehendes Nießbrauchsrecht an dem berechtigten Grundstücke sei. Gegen diese Ansicht haben sich Fuchs I 80 und Turnau-Förster I 126 Anm. 5 gewandt. Fuchs führt aus: Man denke, daß das Vorkaufsrecht sehr werthvoll, vielleicht der werthvollste Vermögenswerth einer

kleinen Parzelle ist; alsdann kann man nicht sagen, daß der Nießbrauch dieser Parzelle durch die Aufhebung des Vorkaufsrechts nicht berührt werde. Auch der etwaige Mehrbetrag des Versteigerungserlöses der Parzelle kann als „ein nutzbares Surrogat“ im Sinne des § 93 Abs. 3 aufgefaßt werden, das dem Nießbraucher ohne seinen Willen nicht entzogen werden kann. Turnau-Förster meinen, auch bei jenem Beispiel der Motive seien Zweifel nicht ausgeschlossen, z. B. dann nicht, wenn durch Auslegung des den Nießbrauch begründenden Vertrags zu dem Ergebnisse zu gelangen ist, daß nach Absicht der Vertragsschließenden auch das durch Ausübung des Vorkaufsrechts zu erwerbende Grundstück dem Nießbrauchsrecht unterliegen soll.

Oberneck 189 Nr. 8 bestimmt den Satz 3 des § 876 dahin: Die Zustimmung des Drittberechtigten unterliegt keiner Formvorschrift, sie muß dem Grundbuchamt oder dem Begünstigten gegenüber entweder vor oder nach der Verzichtserklärung des unmittelbar Berechtigten abgegeben sein und ist dann, wenn auch formlos, sofort unwiderruflich. Aus der Unwiderruflichkeit folgert Strecker 65, daß die Zustimmung von einer späteren eintretenden Verfügungsbeschränkung des Erklärenden unberührt bleibt (dies ist auch die herrschende Lehre), und Maenner 47 bemerkt, diese Wirksamkeit bliebe, wenn auch der Antrag auf Eintragung noch nicht gestellt ist. Fuchs 80 betont, daß die Zustimmungserklärung auch den Rechtsnachfolger binde, soweit diesem nicht § 892 zur Seite steht.

§ 877. 1. Eine „Aenderung“ des Inhalts des Liegenschaftsrechts liegt nur vor, wenn sich die neuen Befugnisse den bisherigen gegenüber als ein majus oder ein aliud darstellen. Sonst findet § 875 BGB. Anwendung. So Wolff, Bau auf fremdem Boden, 154 Anm. 23.

2. Die Fälle, in denen die nachträgliche Aenderung besonders geregelt ist, fallen nicht unter § 877. So insbesondere die Aenderung des Rangverhältnisses nach § 880 BGB., der Austausch der Forderungen bei der Hypothek nach § 1180 und die Umwandlung einer Buch- in eine Briefhypothek und umgekehrt nach § 1116 BGB. (vgl. KGJ. **20** A 97). Wohl aber unterstehen dem § 877 die Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek, einer Hypothek in eine Grundschuld, einer Rentenschuld in eine Grundschuld und umgekehrt (so Predari 131).

3. Hinsichtlich der Aenderung des Inhalts des Rechtes in den Fällen der §§ 1119, 1186, 1198, 1203 bedarf es der Zustimmung der im Range Gleich- oder Nachstehendberechtigten nicht. Hinsichtlich der Aenderung des Inhalts eines anderen dinglichen Rechtes (Dienstbarkeiten, Reallasten) betonen Turnau-Förster I 127/128 Anm. 2 Abs. 3, daß hierüber im Gesetze nichts Besonderes vorgeschrieben ist. Ob es solcher Zustimmung bedarf, wird im einzelnen Falle davon abhängen, ob durch die Aenderung eine schwerere Belastung und damit eine Verminderung des Werthes des belasteten Grundstücks eintritt (vgl. §§ 1025, 1109). Nach Fuchs 82 gegen Biermann § 877 fällt die Aenderung des Inhalts eines Rechtes unter § 877, jedoch nicht die Aenderung der Ausübung des Rechtes. Daher fallen nicht unter § 877 die Verlegung und Festlegung der Ausübungsstelle im Falle des § 1023, die Regelung der Kollision im Falle des § 1024, die Ueberlassung der Ausübung im § 1059, die Anordnung der Verwaltung der §§ 1052, 1054. Aehnlich Predari 132 mit einer Abweichung wegen § 1023. Dernburg III § 44 Note IV Abs. 2 dagegen meint, daß z. B. die Verlegung eines bestimmten Weges über ein Grundstück, um eine Bebauung zu erleichtern, von der Zustimmung der Pfandgläubiger des herrschenden Grundstücks abhängig ist. Fuchs a. a. O. sieht hierin nur eine Aenderung der Ausübung des Rechtes.

§ 878. 1. Fuchs I 85 b wirft die Frage auf, ob der Antrag auf Eintragung in einer den Vorschriften der GBO. entsprechenden Form gestellt sein muß, z. B. ob der Antrag auf Eintragung eines Restkaufgeldes auf Grund des eingereichten privatschriftlichen Kaufvertrags im Falle eines noch vor der Eintragung der Kaufgelderresthypothek ausbrechenden Konkurses über das Vermögen des Käufers bedeutungslos wird oder nicht? Trägt der Grundbuchrichter vorschriftswidrig, z. B. aus Versehen ein, so ist die Eintragung wirksam, da § 29 GBO. nur Ordnungsvorschrift ist. Weist er den Antrag zurück, so ist die eingereichte Erklärung unwirksam; erläßt er eine Zwischenverfügung zur Herbeiführung der Beglaubigung der Unterschrift, so wird der Grundbuchrichter gemäß § 18 GBO. eine Vormerkung eintragen, sobald der Antrag auf Eintragung des Konkursvermerkes an ihn gelangt. Eine Entscheidung der Frage läßt Fuchs vermissen. Turnau-Förster I 130 Anm. 4 erklären: Nur durch die Anbringung eines begründeten Antrags beim Grundbuchamte, nämlich eines Antrags, welcher den gesetzlichen Erfordernissen entspricht und daher auch zur Eintragung bezw. Löschung führen kann, wird die Wirksamkeit der Verfügungsbeschränkung verhindert. Wird der Antrag zurückgewiesen, sei es unmittelbar, sei es nach fruchtlosem Erlaß einer Zwischenverfügung (GBO. § 18), und erreicht der Antragsteller auch im Beschwerdewege die beantragte Eintragung oder Löschung nicht, so tritt die Verfügungsbeschränkung in Wirksamkeit. Wird der Antrag später mit Erfolg wiederholt, so kann dadurch der bereits in Wirksamkeit getretenen Verfügungsbeschränkung die Wirkung nicht wieder entzogen werden. Ebenso Predari 125; vgl. auch Planck Anm. 2 zu § 878.

2. Die herrschende Lehre nimmt an, daß durch die Eintragung der Konkurseröffnung im Grundbuche das Grundbuch für Eintragungen, welche auf einer Verfügung des Gemeinschuldners beruhen, nicht gesperrt wird (Turnau-Förster I 131 Anm. III 2, Oberneck 221 c, Fuchs 164, 167, Sarwey u. Bossert § 15 Nr. 6); jedoch hebt Oberneck 806 Abs. 1 hervor, daß der Kridar die Auflassung nicht erklären darf, weil sie die Bedingung „vorbehaltlich der Rechte der Konkursgläubiger" nicht zuläßt.

Das KG. hat durch Beschluß v. 6. 5. 01 (KGJ. **22** A 129 ff., vgl. auch **23** A 242) sich dahin ausgesprochen:

Da Verfügungen des Gemeinschuldners über Gegenstände der Konkursmasse nach § 7 KO. nur den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind und auch diesen gegenüber nur, wenn die Unwirksamkeit vom Konkursverwalter geltend gemacht wird, so steht der Eintragung solcher Verfügungen ins Grundbuch das schwebende Konkursverfahren nicht entgegen. Denn selbst durch die Eintragung der Konkurseröffnung im Grundbuche wird dasselbe gegen Eintragungen, welche nur den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind, nicht gesperrt. Die Eintragung einer auf einer Verfügung des Gemeinschuldners beruhenden Rechtsänderung erfolgt, wenn ihren allgemeinen Erfordernissen entsprochen ist.

Gegen diese Ansicht hat Schöller, DJZ. **02** 165 Widerspruch erhoben. Er vermißt eine genügende Berücksichtigung des § 6 KO., wonach der Gemeinschuldner mit der Eröffnung des Konkursverfahrens die Befugniß verliert, über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verfügen und diese Verfügungsbefugniß auf den Konkursverwalter übergeht. Nach der Ansicht des KG. würde im Widerspruche mit der Ansicht des Gesetzes der Gemeinschuldner befugt und in der Lage sein, Verfügungen über die Konkursmasse zu treffen, die neben den Verfügungen des allein verfügungs- und verwaltungsberechtigten Konkursverwalters einhergingen. Seine auf Grundstücke oder Grundstücksrechte bezüglichen Verfügungen muß nach der Ansicht des KG. das Grundbuchamt zur Eintragung bringen. Wäre auch die Verfügung des Gemeinschuldners dem Konkurs-

gläubiger gegenüber materiell-rechtlich unwirksam, so bestände sie doch formell und hindere den Konkursverwalter an der ihm obliegenden Verwaltung und Verwerthung der Masse, da eventuell der Konkursverwalter, um sich die formelle Verfügungsmöglichkeit wieder zu verschaffen, auf Berichtigung des Grundbuchs gegen den auf Grund der Verfügung des Kridars berechtigten Dritten klagen müßte. Schöller bestimmt die wahre Tragweite des grundbuchmäßigen Konkursvermerkes und die formelle Behandlung der nach seiner Eintragung eingehenden Anträge dahin, daß die Verfügungsbefugniß vom Gemeinschuldner auf den Konkursverwalter übergegangen ist und daher von diesem Zeitpunkt ab nur dieser formell legitimirt erscheint, Eintragungen zu bewilligen, und daß Eintragungen nur noch aus Titeln zulässig sind, die auf ihn als den formell Legitimirten lauten, daß also Eintragungsanträge, die auf Bewilligung des Gemeinschuldners beruhen und aus Titeln gegen diesen herrühren, unterschiedslos als nicht durch den formell Legitimirten gerichtet zurückzuweisen seien. Derjenige, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, sei der Konkursverwalter als Vertreter der Konkursmasse (§ 19 GBO.).

Jeppe, Elf. Lothr. J3. 01 264 erklärt: Die Verfügungsbeschränkung, welche gemäß des § 1395 BGB. und § 332 StrPO. eintritt, gehört nicht zu den unter § 878 fallenden Beschränkungen, sondern fällt unter § 130 Abs. 2 BGB.

O. Brachvogel, DJ3. 00 293, Elf. Lothr. J3. 25 385 ff. und Fuchs I 84 Anm. 2b sehen im § 1455 BGB. eine Verfügungsbeschränkung im Sinne des § 878 BGB.

Brachvogel-Frydrychowicz, Handbuch 10, 11 führen aus, daß der Grundbuchrichter nicht den Nachweis darüber zu fordern hat, daß die Erklärung für den Berechtigten bindend geworden ist.

§ 879. 1. Die herrschende Theorie läßt ohne Rücksicht auf die Nummernfolge und das Datum der Eintragung, also auch wenn das Datum fehlt, bei Eintragung in derselben Abtheilung die Rangordnung lediglich nach der räumlichen Reihenfolge (Lokus-Prinzip) entscheiden. (Oberneck 195/196, Fuchs 87 Anm. 2 aα, Turnau-Förster I 136, II 1a, Planck III Anm. 1 zu § 879.) Abweichend nimmt Dernburg III § 216 Nr. 3 und Anm. 3 (606) an, daß auch auf die Nummernfolge Rücksicht zu nehmen sei, ein Rangvermerk könne schon in den Nummern der Posten liegen, namentlich schreibt man aufeinander folgenden Posten, welche unter derselben Ziffer eingetragen wurden, gleichen Rang zu.

2. Streit herrscht über den Rang der in verschiedenen Abtheilungen ohne Datirung eingetragenen Rechte. Oberneck 196 Nr. 2 nimmt an, daß sie grundsätzlich meistens gleichen Rang haben. Turnau-Förster I 137b heben hervor, daß diese Folgerung aus § 879 Abs. 1 Satz 2 BGB. zu ziehen sei, weil danach von den in verschiedenen Abtheilungen eingetragenen Rechten das eine vor dem anderen nur dann den Vorrang hat, wenn es unter Angabe eines früheren Tages eingetragen ist, dies treffe aber weder bei mehreren ohne Angabe des Tages in verschiedenen Abtheilungen erfolgten Eintragungen zu, noch bei einer nicht datirten Eintragung der einen Abtheilung gegenüber einer datirten Eintragung der anderen Abtheilung. Ebenso auch Strecker 78, Böhm 526 Ziff. 7, Goldmann-Lilienthal (1. Auflage 524), Motive I 91, welche auch der Auffassung sind, daß der nicht datirte Eintrag allen datirten Eintragungen einer anderen Abtheilung nachsteht. Diese Ansicht hat Biermann 55 Anm. 1 bekämpft und ihm sind Fischer-Henle (5) Anm. 3 zu § 879, Oberneck 196 a. E., Fuchs I 87 bb Abs. 3 beigetreten. Steht nämlich der undatirten Eintragung in derselben Abtheilung eine datirte Eintragung im Raume nach, so

geht jene vor und folgerichtig muß sie allen jenen Einschreibungen vorgehen, welche jünger als die datirte bzw. von demselben Datum mit ihr sind.

Fuchs a. a. O. geht von der Ansicht aus, daß, wenn die Datirung versehentlich unterblieben ist, es Sache des den Rangvorrang Beanspruchenden ist, bei einer Konkurrenz mit Rechten einer anderen Abtheilung den früheren Tag seiner Eintragung nachzuweisen.

3. Oberneck 197 läßt das Rangverhältniß nicht eintragungsbedürftiger Rechte zu eingetragenen Rechten nach dem Verhältnisse des Zeitpunkts der Entstehung jener zu dem Zeitpunkte der Eintragung dieser sich entscheiden. Zustimmend Turnau-Förster I 139 Anm. 5; vgl. auch Maenner 47.

Fuchs 890 Anm. 7b will den Zeitpunkt der Entstehung nur dann für ausschlaggebend ansehen, wenn nichteintragungsbedürftige Rechte unter einander rangiren, bei der Konkurrenz mit eingetragenen Rechten sollen sie unbedingt nachstehen. Turnau-Förster I 224 stehen auf dem Standpunkte, daß solche Rechte den Rechten desjenigen vorgehen, welcher zur Zeit der Eintragung seines Rechtes Kenntniß von dem Bestehen nichteintragungsbedürftiger Rechte hatte. Biermann 56 Anm. 5, Cosack II 30 Nr. 2 stimmen entgegen ihrer früheren Ansicht hiermit überein.

4. Der § 879 verbreitet sich nur über den Rang von Grundstücksrechten. Ueber das Rangverhältniß von Rechten an Grundstücksrechten enthält dieser Paragraph keine Bestimmung. Biermann 37 und Maenner a. a. O. nehmen an, daß auch hier die räumliche Aufeinanderfolge entscheidend sein müsse. Turnau-Förster I 130 Abs. 2 widersprechen dieser Ansicht und erklären den Tag der Eintragung für entscheidend. Fuchs 91 Anm. 8b erachtet den Zeitpunkt des Entstehens dieser Rechte für maßgebend.

5. Bei versehentlicher falscher Eintragung des Ranges durch den Grundbuchrichter hat der Zurückgesetzte nur einen Anspruch gegen den Staat, ihm steht ein Berichtigungsanspruch gegen den dadurch Begünstigten nicht zu. Hierüber herrscht kein Streit, vgl. Oberneck 197 Nr. 5, Fuchs 89, Turnau-Förster 138/139, Planck Anm. 4a zu § 879, Predari 283b, 258, Staudinger-Kober III 66e, Protokolle III 90. Streitig ist aber, ob dem Zurückgesetzten eventuell ein Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung gegen den Begünstigten zusteht. Nach den Protokollen III 89—91 gingen die Ansichten hierüber auseinander. Turnau-Förster I 138/139 verneinen grundsätzlich den Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung; ein Schadensersatzanspruch gegen den zu Unrecht voreingetragenen Gläubiger sei nur dann zu begründen, wenn dieser vorsätzlich den Grundbuchbeamten zur Eintragung der unrichtigen Reihenfolge angestiftet oder sich bei dessen vorliegender Verletzung der Amtspflicht betheiligt hat. Oberneck 197 Nr. 5 ist zwar auch der Ansicht, daß nicht schon in der bloßen Thatsache des ungerechtfertigten Vorranges eine grundlose Bereicherung liegt, dennoch ist aber dieser Anspruch nicht prinzipiell abzulehnen, wenn sonstige Voraussetzungen der §§ 812, 822 BGB. nachweisbar sind. So auch Fuchs 89.

Bei einer solchen durch Versehen des Grundbuchrichters bewirkten unrichtigen Eintragung verbleibt es grundbuchrechtlich. Weder der Grundbuchrichter noch die Beschwerdeinstanzen sind in der Lage, hier eine Aenderung eintreten zu lassen (§ 71 Abs. 2 GBO.). Nur dann kann von Amtswegen eine Berichtigung erfolgen, wenn der Grundbuchrichter das Versehen entdeckt, bevor bei einer Briefpost der Brief oder bei einer Buchpost die Benachrichtigung zugestellt ist, oder wenn der Eigenthümer oder der Berechtigte sich mit der Berichtigung einverstanden erklärt. So Turnau-Förster I 138 Nr. 5. Vgl. auch Fuchs 89 Abs. 3, Oberneck 226.

§ 880. 1. Bei der nachträglichen Aenderung des Rangverhältnisses kann Gegenstand der Vorrangseinräumung jedes Recht an einem Grundstücke sein, doch müssen, wie das KGJ. **21** A 306 angenommen hat, die betreffenden Rechte entweder bereits sämmtlich oder wenigstens die zurücktretenden eingetragen sein und die vortretenden zugleich mit der Vorrangseinräumung eingetragen werden; s. Biermann Anm. 1 § 880.

2. Die beiden Rechte können auch ein und demselben Berechtigten zustehen und mit gleichem Range eingetragen sein; so das KGJ. **20** A 184. Dies ist auch herrschende Lehre.

3. Der Vorrang kann unter einer Bedingung eingeräumt werden oder betagt oder befristet sein, doch muß die Bedingung in das Grundbuch eingetragen werden, wenn der Erwerber der vorgestellten Post daran gebunden sein soll; dies heben Turnau-Förster I 147 Nr. 7 a. E. hervor (vgl. KGJ. **21** A 307 f.).

4. Die obligatorische Verpflichtung zur Rangänderung ist von der dinglichen Einigung getrennt; erstere ist, wie das RG. **48** 133, JW. **01** 701, 747, 792 angenommen hat, an keine Form gebunden, auch die mündliche Abrede genügt. Die dingliche Wirkung der Rangänderung erfordert neben der Eintragung der Aenderung die dingliche Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten. Die Bindung derselben an ihre Erklärung steht unter der Vorschrift des § 873 Abs. 2. Nur dann, wenn die beiden Rechte demselben Berechtigten zustehen, hat dieser allein ohne Mitwirkung eines anderen Gläubigers über das Rangverhältniß zu bestimmen. Diese Auffassung des KG. (RJA. **2** 50) wird allgemein getheilt (vgl. z. B. Turnau-Förster I 143 Nr. 1, Oberneck 200 f.).

5. Zulässig ist, daß nach dem formellen Consenzprinzip bei demjenigen Rechte, dessen Inhaber zurücktreten will, die Eintragung wegen der Rangänderung auf Bewilligung und Antrag des zurücktretenden Gläubigers unter Zustimmung des Eigenthümers schon erfolgen kann, bevor diejenige Hypothek, welche im Range vortreten soll, eingetragen war. Nach dem materiellen Rechte hat allerdings die Rangänderung (§ 880 BGB.) nur dann Rechtswirksamkeit, wenn die fraglichen Rechte bereits eingetragen sind oder wenigstens das ganze Recht, welches vorrücken soll, gleichzeitig mit dem Eintrage des Vorranges durch Eintragung zur Entstehung gelangt. KGJ. **21** A 306, a. A. Fuchs 101 Nr. 3.

6. Die Eintragung der Rangänderung hat sowohl bei der zurücktretenden als auch bei der vortretenden Post zu erfolgen und muß bei Briefposten auf dem Briefe vermerkt werden. Dies ist die herrschende Ansicht (Oberneck § 40 Nr. 3, Fuchs I 93 Anm. 3, Neumann I 576 Anm. II 1b, Turnau-Förster I 144 Anm. 5, Biermann 58 Anm. 1b, Achilles-Strecker 284 Anm. 8).

Auch darüber herrscht Einigkeit, daß die Zustimmung des Eigenthümers wegen der Möglichkeit der Entstehung einer Eigenthümerhypothek erforderlich ist, wenn eine Hypothek-, Grund- oder Rentenschuld zurücktreten soll. Zum Zwecke der Eintragung bedarf die an sich formlose Zustimmung der Form des § 29 GBO. Nur wenn der Berechtigte selbst die Grundkreditbelastung in mehrere Theile zerlegt und das Rangverhältniß der Theilposten unter einander geändert werden soll, ist die Zustimmung des Eigenthümers nicht erforderlich (s. Turnau-Förster Anm. 2 zu § 880, Biermann Anm 1c zu § 880).

7. Fuchs 96 Nr. 7 hebt hervor, daß die Rangänderung rechtsbeständige Rechte voraussetzt; so wenig einem nichtigen Rechte wirksam ein Vorrang eingeräumt werden kann, so wenig kann die Rangänderung wirksam werden, wenn das zurücktretende Recht nicht besteht.

8. Das KG hat angenommen, daß auch der Rang des durch die Eintragung einer Vormerkung gesicherten Rechts zu Gunsten eines anderen Grund-

stücksrechts unter entsprechender Anwendung des § 880 geändert werden kann, weil die Vormerkung, wenn sie auch kein dingliches Recht ist, so doch nach § 883 Abs. 3 im Punkte des Ranges einem solchen gleichstehe (RJA. 2 145, KGJ. **22** A 311). Biermann hebt hervor (58c), daß bei der bloßen Hypothekenvormerkung die Zustimmung des Eigenthümers nicht erforderlich ist, weil aus ihr keine Eigenthümerhypothek erwachsen kann, vgl. OLG. 5 390f. (KG.).

9. Streit herrscht darüber, ob eine nicht auf Rechtsgeschäft beruhende Aufhebung des zurücktretenden Rechtes die Einräumung des Vorranges gegenstandslos macht. Die Denkschrift 178 und mit ihr Turnau-Förster I 145, Oberneck 201 u. A. bejahen die Frage, dagegen verneint dieselbe Planck Anm. 4a zu § 880 für die Fälle, in denen es sich nicht, wie in den §§ 1031, 1173 Abs. 1, 1181 Abs. 2, 3, um ein zeitlich beschränktes Recht handelt.

10. Ueber die Wirksamkeit der Rangänderung spricht sich Oberneck § 40 Nr. 4 dahin aus, daß durch die Vorrangseinräumung ein Rangwechsel eintritt, der zwar nicht unbedingt ist, weil er von dem Fortbestande der vorgetretenen Post abhängt, aber doch eine absolut dingliche Kraft hat. Wie Fuchs I 99 Nr. 12 betont, kann der vortretende Gläubiger an der Stelle des Zurücktretenden, wenn Zwischenberechtigte vorhanden sind, nur bis zu dem Betrage Befriedigung wegen seiner Forderung verlangen, welcher auf die zurücktretende Forderung fallen würde. Diese Auffassungen werden in der Literatur allgemein getheilt.

Das KG. (KGJ. **20** A 181) hat angenommen, daß bei gleichzeitiger Einräumung des Vorranges mit einer Post für mehrere Posten die letzteren zu gleichem Rechte an Stelle der zurücktretenden Post antheilsmäßig aus dem Kaufgelde derart befriedigt werden, als wenn sie unter der Nummer der zurücktretenden Post eingetragen wären. Anders liegt die Sache, wenn zunächst einer Post der Vorrang eingeräumt ist und dann erst für die zweite der Vorrang eingetragen werden soll, dann kann die letztere erst nach der ersteren geltend gemacht werden, weil der Gläubiger der zurücktretenden Post bereits durch die erste Vorrangseinräumung beschränkt ist und nicht mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat.

11. Oberneck § 40 (3), Turnau-Förster Anm. 8 zu § 880, Fuchs 95 Anm. 5, Biermann 59 Anm. 3 lassen eine Vorrangseinräumung mit bloß obligatorischer Wirkung durch Vertrag zu, jedoch ist eine solche Rangeinräumung der Eintragung nicht fähig.

12. Das KG. (OLG. 6 150) hat angenommen, daß bei einer Amortisationshypothek der Eigenthümer sich verpflichten kann, daß die durch die regelmäßige Amortisation und durch außerordentliche Rückzahlungen zur Tilgung gelangenden Theile derselben einer anderen Hypothek im Range nachstehen sollen, dieser der letzteren einzuräumende Vorrang durch eine Vormerkung sicher gestellt werden kann.

§ 881. 1. Serini, Rangvorbehalt und Zwischenhypothek, unterscheidet „Vorbehaltshypothek" (d. h. die Post, bei welcher der Vorbehalt gemacht wird), „Zwischenhypothek" und „Vorrangshypothek" und faßt die Bedingungen, die beim Vorbehalte beachtet werden müssen, dahin zusammen: a) daß der Vorbehaltshypothek nicht mehr als der Vorbehalt, b) daß der Zwischenhypothek nicht mehr als der Nennwerth der Vorbehaltshypothek vorgehen darf.

2. Der Rangvorbehalt kann nur bei Bestellung des durch den Vorbehalt beschränkten Rechtes erfolgen. Diese von der herrschenden Lehre getheilte Auffassung (Turnau-Förster Anm. 1, Planck Anm. zu § 881, Oberneck 202 und Biermann Anm. 1 zu § 881 u. A.) wird von Fuchs 101 Anm. 3 und Neumann I 578 Anm. II[1] bestritten, doch ist das KG. (KGJ. **21** A 306) der ersteren Auffassung beigetreten.

3. Die herrschende Ansicht geht dahin, daß der Vorbehalt nicht nur bei dem Rechte, das zurücktreten soll, sondern auch ein Vermerk der Rangänderung bei dem vorbehaltenen Rechte eingetragen werden muß, sobald dasselbe gebucht ist. (Endemann § 14 Anm. 9 S. 53, Oberneck § 41, Turnau-Förster I 150 Nr. 2, Fuchs Anm. 6 S. 103, Planck 92 Anm. 4 u. A.)

4. Neumann Anm. 7 zu § 881 nimmt an, daß der Vorbehalt im Wege der Zwangsvollstreckung gemäß § 857 gepfändet, überwiesen und zu Gunsten einer dem Gläubiger bereits zustehenden oder im Wege der Zwangsvollstreckung einzutragenden Hypothek ausgeübt werden kann. Diese Ansicht ist von Fuchs 103 Nr. 8b, Turnau-Förster Anm. 3 zu § 881, 151 bestritten worden. Biermann Anm. 1 zu § 881 hält eine Trennung der Befugniß vom Eigenthume nicht für möglich, weshalb sie auch nicht selbständig abgetreten oder Gegenstand selbständiger Zwangsvollstreckung sein kann.

5. Hinsichtlich der Zwischenrechte weist Oberneck § 41 Nr. 2 nach, daß materiell-rechtlich der Bevorrechtigte nur in Höhe eines Betrags bevorzugt werde, der nach Abzug des Betrags der Zwischenberechtigten übrig bleibt. Diese Ansicht darf als die herrschende bezeichnet werden. Maenner 51 Anm. 23 stellt für die Berechnung folgende Formel auf: Der erste Gläubiger kommt zum Zuge bei dem nach Abzug des (verbrauchten) Vorbehalts verbleibenden Betrage des Erlöses, der Zwischengläubiger, wenn der Erlös die Post des ersten Gläubigers übersteigt, das vorbehaltene Recht, wenn der Erlös größer ist als die Summe dessen, was der erste Gläubiger und der Zwischengläubiger zusammen erhalten.

Ueber die verschiedenen Beispiele ist auf die Kommentare zu diesem Paragraphen und auf Oberneck § 41, sowie vor Allem auf die Kommentare zum Zwangsversteigerungsgesetze zu §§ 44, 45 zu verweisen. Im Allgemeinen herrscht über die Art der Berechnung Uebereinstimmung, abweichend Staudinger-Kober (1) 40 Anm. 3. Auch die Beispiele der Protokolle III 1 sind zum Theil nicht zutreffend.

5. Das KG. (KGJ. **21** A 306) hat Folgendes ausgesprochen: Der Vorrangsvorbehalt des Eigenthümers i. S. des § 881 muß gleichzeitig mit der Belastung des Grundstücks durch das Recht, welches demnächst zurücktreten soll, erfolgen. Ist demnach auf Antrag des Gläubigers bei einer Hypothek, welche vorbehaltlos eingetragen war, in Spalte Veränderung ein Vermerk eingetragen, daß einem vom Eigenthümer noch aufzunehmenden Darlehen bis zum Betrage von 6300 Mark der Vorrang vor dieser Post eingeräumt wird, so kommt lediglich eine Rangänderung im Sinne des § 880 BGB. in Frage.

§ 882. 1. Hinsichtlich des eingetragenen Höchstbetrags des Werthersatzes ist es streitig, ob bei der Zwangsversteigerung dieser Ersatzanspruch nach § 114 ZVG. von Amtswegen in den Theilungsplan aufzunehmen ist oder nicht. Die herrschende Meinung bejaht dies, während Kretzschmar I 165 f. sich verneinend ausspricht.

2. Eine nachträgliche Festsetzung durch Einigung des Berechtigten und Eigenthümers bedarf der Zustimmung der Nacheingetragenen nicht, weil sie jeder Zeit den eingetragenen Betrag des Werthersatzes angreifen und dessen Herabsetzung herbeiführen können und insofern durch die Aenderung nicht beeinträchtigt werden. Dies ist jetzt herrschende Ansicht, abweichend Oberneck 205, Kuhlenbeck zu § 882.

3. Zu den unter § 882 fallenden Rechten gehört die ablösbare Reallast nicht, weil der Werthersatz durch die Ablösungssumme bestimmt wird (Kretzschmar I 165, Fuchs I 105e). Bei dem dinglichen Vorkaufsrecht ergeben sich Zweifel, ob § 882 überhaupt und eventuell nur auf das nach § 1097 für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellte Vorkaufsrecht anwendbar ist? Die

Frage wird bejaht von **Kretzschmar** I 165, auch **Fuchs** I 105b gegen **Achilles-Strecker** 23, **Turnau-Förster** I 153, **Planck** III 94 Anm. 3, **Biermann** 61, **Reinhardt** 459, **Jaeckel** 322 Anm. 1c. Die Letzten wollen § 882 nur auf solche Vorkaufsrechte anwenden, die für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestellt sind.

§ 883. Spezialliteratur: **Biermann**, Widerspruch und Vormerkung nach Deutschem Grundbuchrecht (1901) 128 f., **Othmer**, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung nach Reichsrecht (Studien z. Erl. BGB., herausg. v. **Leonhard**, 9. Heft 1902), **Reichel**, Iherings J. **46** 2. Die Vormerkung im deutschen BGB., **Philipsen**, Die Vormerkung (1903), **Priester**, Die alte und die neue Vormerkung im ABürgR. **22** 176 ff., **Weigelt**, Vormerkung und Widerspruch im deutschen Grundbuchrecht, (Inaug.-Diss. Breslau 1901.)

1. Ueber das **Wesen** und die **Konstruktion** der Vormerkung herrscht Streit.

a) Die einen finden in derselben ein bedingtes dingliches Recht, wie **Fuchs** I 113 ff. und in Gruchots Beitr. **46** 562 ff., **Bochm** 44 Note III, 527, oder wie **Othmer** ein dingliches Recht.

b) Andere Schriftsteller sehen in dem vorgemerkten Anspruch ein jus ad rem (**Gierke**, Bedeutung des Fahrnißbesitzes 21 Anm. 50; **Biermann** 1. Aufl. Note 2 zu §§ 883, 884; **Dernburg** III § 62 Note 3; vgl. noch **Strecker** 114; **Maenner** 58; **Endemann** II 250 Anm. 8.

c) **Oberneck** 254 ff. charakterisirt den Anspruch aus der Vormerkung in Bezug auf § 888 als eine obligatio in rem scripta und hält im Uebrigen den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch für einen persönlichen. **Cosack** 54 Note III 8; **Jäger**, Kom. z. KO. Anm. 3 zu § 24; **Hellwig**, Rechtskraft 254 sehen in der Vormerkung ein dingliches Sicherungsrecht, das in streng akzessorischer Weise zu dem zu sichernden Anspruche hinzutritt.

d) Andere kennzeichnen die Vormerkung als Veräußerungsverbot, bzw. qualifizirtes Veräußerungsverbot, oder als Verfügungsbeschränkung (**Planck** III 95 Note 2, 3; **Staudinger-Kober** III 78 A IV; **Goldmann-Lilienthal** (1) 555; **Priester**, A.bürgR. **22** 176 ff.).

e) **Biermann**, Widerspruch 184 und Kom. (2) 64 bezeichnet die Vormerkung als einen Grundbuchvermerk, der die Verwirklichung der im § 883 genannten Ansprüche in dinglicher Weise sichert.

f) Die **Rechtsprechung** hat die Ansicht, daß der vorgemerkte Anspruch ein dinglicher oder ein bedingt dinglicher sei, **verworfen**, und angenommen, daß der vorgemerkte Anspruch seinem Wesen nach ein persönlicher ist. Es soll durch die Vormerkung dem persönlichen Rechte für den Fall des Bestehens nur alsbaldige dingliche Wirkung verliehen werden. Vgl. KGJ. **20** A 78, **21** A 289, OLG. **3** 98, **4** 237 (KG). Dieser Standpunkt wird auch von der Mehrheit der Bearbeiter des Sachenrechts festgehalten; so auch **Turnau-Förster** I 162.

2. Wenn die Vormerkung die **Auflassung** eines Trennstücks sichern soll, so bedarf es nicht seiner vorhergehenden besonderen Abschreibung und selbständigen Buchung (KGJ. **20** A 80, **Predari** 73 Anm. 9). Streitig ist die Frage, ob bei einer Vormerkung, durch welche der Anspruch auf Eintragung einer Hypothek, oder eines sonstigen begrenzten dinglichen Rechtes an einem Grundstückstheile gesichert werden soll, die vorhergehende Abschreibung des Theilstücks erforderlich ist? Die Frage wird verneint von **Achilles-Strecker** 161; **Planck** III 456 A. 4 zu § 1114 u. **Biermann** 63; anderer Ansicht **Predari** 72 A. 8.

3. Vollstreckbare Urkunden aus Geldforderungen (§ 866, 939 CPO.) gewähren keine Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung, sondern nur das unmittelbare Recht auf Eintragung einer Sicherungshypothek, so KGJ. **21** A 324.

Auch die Entpfändung eines Grundstückstheils kann durch Vormerkung gesichert werden, weil darin eine Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke liegt (KGJ. 23 A 152, Seuff. A. 57 61).

4. Der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch kann Gegenstand einer Rangänderung sein, wie das KGJ. **22** A 311, OLG. **3** 231 angenommen hat.

5. Die Unwirksamkeit von Verfügungen, welche den vorgemerkten Anspruch beeinträchtigt, ist eine relative und kann nur von dem Vorgemerkten selbst geltend gemacht werden (Biermann 64 Anm. 3; Hellwig, Rechtskraft 254 Anm. 5: a. A. Fuchs I 112 A. 7 u. 31).

Der Konkursverwalter hat gegenüber dem vorgemerkten Anspruche nicht das Wahlrecht aus § 17 KO., vielmehr kann der Vorgemerkte auch von ihm nach § 24 KO. die Befriedigung seines Anspruchs verlangen (so die herrschende Meinung gegen Biermann (1) Anm. 2 zu § 888, Strecker 115 ff., Oberneck 285). Ein Aussonderungsrecht geben dem Vorgemerkten Fuchs I 112 Anm. 7; Jäger 119 Anm. 26, 191 Anm. 14; während Biermann 65 u. Andere ein solches Aussonderungsrecht leugnen.

6. Bei Feststellung des geringsten Gebots wird das vorgemerkte Recht wie ein endgültiges angesehen (§ 48 ZVG.). Die dem Rechte des betreibenden Gläubigers vorgehende Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Eigenthumsübertragung ist kein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht, dies ist die herrschende Ansicht gegen Strecker 118 und Endemann II 252, 254 A. 19 bzw. 24, vgl. hierüber noch Biermann, W. u. V. 199.

7. Die Hypotheken-Vormerkung ermächtigt den Vorgemerkten nicht zur Hypothekenklage oder zur Devastationsklage (Oberneck 656, Biermann 66 g, a. A. Fuchs I 115 A. 9, Dernburg III 659 Z. 3).

Auch Gegenstand der Eigenthümerhypothek kann die Vormerkung nicht werden. OLG. **5** 390 (KG.). A. A. Böhm 44 III B, Dernburg a. a. O. 116.

8. Uebergangsvorschriften. Die unter dem alten Rechte eingetragenen Zwangs- und Arrestvormerkungen des preuß. Rechtes werden nicht mit Anlegung des Grundbuchs zu Hypotheken des neuen Rechtes, so **RG. 52** 41 ff., KGJ. **22** A 178, OLG. **2** 402, Planck VI 337 Anm. 1 d z. Art. 192, Neumann Anm. III zu Art. 192, Biermann Anm 4 zu § 883; a. A. Habicht 505; Oberneck 24, OLG. **6** 404 ff. (Cöln).

§ 884. 1. Die unbeschränkte Haftung des Erben geht über den Umfang des durch die Vormerkung zur Eintragung gelangten und dadurch gesicherten Rechtes nicht hinaus. Prot. V 780, Fuchs I 124 Anm. 3 b, Biermann, Kom. Anm. 1 zu § 884, derselbe W. u. V. 161.

2. Ob die Eintragung der Vormerkung vor oder nach dem Eintritte des Erbfalls erfolgt ist, macht nach Biermann Anm. 1 zu § 884 keinen Unterschied; a. A. Planck III 97, der unter Berufung auf § 1990 Abs. 2 annimmt, daß die Vormerkung vor dem Tode des Verpflichteten eingetragen sein muß.

3. Endemann II 253, § 65 Anm. 21 behauptet, daß sich die Vorschrift des § 884 nicht auf den Erben des Verpflichteten, sondern auf denjenigen des Dritten, der nach § 888 Abs. 1 seine Zustimmung zu geben hat, bezieht. Biermann 67 Anm. 2 bekämpft diese Ansicht mit dem Hinweise, daß im § 884 nur von dem Erben des Verpflichteten die Rede ist.

§ 885. 1. Hinsichtlich des Erlasses der einstweiligen Verfügung herrscht Streit darüber, ob deren Anordnung deshalb abgelehnt werden kann, weil nach § 916 Abs. 2 CPO. ein etwa zu sichernder bedingter Anspruch wegen der entfernten Möglichkeit des Eintritts der Bedingung einen gegenwärtigen Vermögenswerth nicht hat. Biermann 67 und W. u. V. 145, sowie Cosack § 177 III

1c 27 bejahen die Frage; Fuchs I 130 Anm. 4 verneint sie mit der Begründung, daß der § 916 Abs. 2 CPO. wegen der Sondervorschrift des § 883 Abs. 1 Satz 2 unanwendbar ist.

2. Der Bewilligung zur Eintragung der Vormerkung steht die rechtskräftige Verurtheilung hierzu gleich. Wenn eine solche Vormerkung zunächst auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen ist, so kann doch bei darauf folgender rechtskräftiger Verurtheilung des Eigenthümers zur Bewilligung der Eintragung auch dies im Grundbuche nachgetragen werden, weil die Bedingung der Löschung bei der einstweiligen Verfügung und bei der konsentirten Vormerkung verschiedene sind (KG. 5. 3. 00, KGJ. **20** A 77).

3. Je nach der Stellung zur Konstruktion der Vormerkung wird die Frage beantwortet, ob die §§ 873, 876, 878 BGB. auf die konsentirte Vormerkung anwendbar sind. Die herrschende Lehre verneint dieselbe (Oberneck 248b, Planck Anm. 2 zu § 885, Cosack II 50 Nr. 2, Turnau-Förster I 174 Anm. II 1, Biermann, Komm. 68 Anm. 2, W. u. V. 147, 109, 185; dagegen bejahen die Frage Fuchs I 129 Anm. 2c, Othmer 94—97).

4. Die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist nach Oberneck 250 Ziff. 3 nur soweit zulässig, als nicht Sondervorschriften die Eintragung eines bestimmten Inhalts (z. B. § 1115 BGB.) fordern. Zustimmend OLG. **3** 3 Nr. 2 (Dresden), Planck Anm. 8 zu § 1115; a. A. Biermann, Komm. 69 Anm. 4, Turnau-Förster I 180. Auch das preußische Muster giebt bei einer Hypotheken-Vormerkung nur den Betrag der Forderung an (vgl. noch **RG. 42** 315, **45** 176).

5. Bezieht sich die Vormerkung nur auf die Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung, Einräumung, Aenderung oder Aufhebung eines begrenzten dinglichen Rechtes in Ansehung eines Grundstückstheils, so ist dessen vorhergehende selbständige Buchung nach § 6 GBO. nicht erforderlich; es bedarf auch nicht der Vorlage eines beglaubigten Auszugs aus dem Steuerbuch und einer von dem Fortschreibungs-Beamten beglaubigten Karte (KGJ. **20** A 77 Nr. 17, RJA. **1** 58, Achilles-Strecker 161, Biermann Anm. 1a zu § 883, W. u. V. 138, Turnau-Förster I 180, Planck Anm. 4 zu § 1114). Nicht ganz übereinstimmend Predari 72.

6. Verwechselung von Vormerkung und Widerspruch macht die Eintragung nach Biermann 69 Anm. 5 nichtig, während Fuchs I 109 Anm. 4, Turnau-Förster I 254, Wolff, A.civPr. **91** 377 hierin nur eine falsche Bezeichnung erblicken, welche berichtigt werden darf. Endemann II 250 Anm. 6 schlägt vor, eine Vormerkung und einen Widerspruch neben einander einzutragen, was allgemein von den bereits angeführten Schriftstellern bekämpft wird. Wenn sowohl eine Vormerkung, als auch ein Widerspruch zulässig ist, ist die Eintragung in der bewirkten Gestalt nach Biermann 110 aufrecht zu erhalten. Das OLG. Kiel, (OLG. **4** 292) hat angenommen, wenn die Eintragung eines Widerspruchs im Wege der einstweiligen Verfügung beantragt ist, während sich nur die Eintragung einer Vormerkung begründen ließ, oder im umgekehrten Falle, das Gericht nach freiem Ermessen zu bestimmen hat, welche Anordnung zu treffen ist.

§ 886. 1. Der Anspruch auf Beseitigung der Vormerkung ist ein dinglicher, der sich auch gegen die Konkursmasse des vorgemerkten Berechtigten richtet. Vgl. Biermann 70 Anm. 1 zu § 886, Planck III 99 Anm. 3.

2. Es ist zwischen Einwendungen und Einreden zu unterscheiden (vgl. Neumann I 5). Wird eine peremtorische Einrede geltend gemacht, so bewirkt diese nicht ohne Weiteres die Aufhebung des vorgemerkten Anspruchs. Das Grundbuch wird deshalb nicht unrichtig, und ein Berichtigungsanspruch (§ 22 GBO., 894 ff. BGB.) sowie dessen Schutz durch Widerspruch ist nicht gegeben, vielmehr nur eine dingliche Klage auf Beseitigung, d. h. auf Löschungsbewilligung

und Stellung des Löschungsantrags gegen den Vorgemerkten. Hierbei ist zu beachten, daß bei der Hypothekenvormerkung mangels der Möglichkeit der Entstehung einer Eigenthümerhypothek aus der Vormerkung die Zustimmung des Eigenthümers nicht erforderlich ist; so Planck III 99 Nr. 2, Biermann 69/70, jetzt auch Turnau-Förster I 185 Anm. 3. Abweichend dessen 1. Auflage 174 II 3. Vgl. noch KGJ. **20** A 217.

Aktiv legitimirt ist auch ein Dritter, zu dessen Gunsten eine mit dem Anspruche des Vorgemerkten kollidirende Verfügung getroffen ist. Passiv legitimirt ist auch der Zessionar des vorgemerkten Anspruchs; derselbe kann sich nicht auf den guten Glauben des Grundbuchs berufen (s. die vorhergehenden Zitate).

Wenn durch eine sich auf rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsachen gründende Einwendung der vorgemerkte Anspruch hinfällig wird, so ist das Grundbuch unrichtig und der Berichtigungsanspruch zulässig (Planck III 117 A. II 3b, Dernburg III § 51 a. E. 153, Biermann 70 Anm. 2, Oberneck 233).

3. Auf die Aufhebung der Vormerkung finden nach der herrschenden Ansicht (s. die vorhergehenden Zitate) die §§ 875, 876, 878 keine Anwendung, dagegen bejahen deren Anwendung Fuchs I 135 Anm. 10 und Othmer 94—97. Nach der ersteren Ansicht verliert die Vormerkung mit der Löschung, auch wenn diese zu Unrecht oder ohne eine Aufhebungserklärung des Vorgemerkten erfolgt ist, jede Wirkung; dem Erwerber eines mit dem vorgemerkten Anspruche kollidirenden Rechtes schadet die Kenntniß von der zu Unrecht erfolgten Löschung nicht. Ihm gegenüber ist auch ein Berichtigungsanspruch nicht für statthaft zu erachten, doch ist der Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung möglicher Weise zu begründen; so Biermann, W. u. V. 224, zustimmend Turnau-Förster I 186 Anm. 5.

§ 888. 1. Die Mitwirkungspflicht des bloß Buchberechtigten zur Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs läßt die dem letzteren innewohnende Kraft, wonach der jeweilig in einem gewissen Verhältnisse zu dem Grundstücke Stehende verpflichtet werden kann, erkennen. Diejenigen Schriftsteller, welche den vorgemerkten Anspruch für einen persönlichen halten (s. oben S. 539), sehen hierin eine durch die Vormerkung erzeugte dingliche Wirkung, welche im Falle des Prozesses gegen den Dritten das Grundstück zu einer im Streite befangenen Sache macht, so daß das Urtheil auch gegen den Sondernachfolger des Dritten wirkt. Während Oberneck 255 ff. von seinem Standpunkt einer obligatio in rem scripta dies allgemein behauptet, beschränken Biermann 73 Anm. 6, W. u. V. 215 Nr. 7, sowie Turnau-Förster I 190 Anm. 2, diese Wirkung auf den Fall, daß die Rechtshängigkeit im Grundbuch eingetragen, oder dem Sonderrechtsnachfolger bekannt geworden war. Fuchs I 119 Anm. 15 und Othmer 94 ff. kommen in Konsequenz ihrer Ansicht von der Dinglichkeit des vorgemerkten Anspruchs zu der Folgerung, daß die §§ 265, 266, 325, 727 CPO. in allen Fällen anwendbar sind, also auch dann, wenn die Klage gegen den ursprünglich Verpflichteten angestellt ist und dieser das von der Vormerkung betroffene Grundstück oder Recht nach Zustellung der Klage des Vormerkungsberechtigten auf Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs veräußert hat; vgl. auch Hellwig, Rechtskraft 257 ff. § 37; gegen Fuchs vgl. noch Eccius, Gruchots Beitr **44** 765, Dernburg III § 51, 151 Anm. 10.

2. Zwei Thatbestände sind zu unterscheiden:

a) derjenige, bei dem der Vorgemerkte zu seiner Eintragung als endgültig Berechtigter zwar der Zustimmung eines Dritten nicht bedarf, wohl aber zur vollen Verwirklichung seines Anspruchs,

b) derjenige, bei dem die Zustimmung des bloß Buchberechtigten wegen der Verfahrens-Vorschriften der Grundbuch-Ordnung unbedingt nothwendig ist.

Im ersteren Falle nimmt **Oberneck** 255 c α zwei Möglichkeiten an: Einmal könne der Vorgemerkte nach erlangter Umschreibung z. B. bei der Auflassungs-Vormerkung nach erlangter Eintragung des Eigenthumswechsels wegen der rückwirkenden Kraft desselben auf den Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung einen Berichtigungsanspruch gegen den Inhaber des kollidirenden Rechtes z. B. den Inhaber der nach der Vormerkung konstituirten Hypothek geltend machen, so auch **Biermann** 72 Anm. 3, **Cosack** (1) § 183 IV 55, dagegen aber **Planck** III 102 Anm. 2a, oder aber er kann den Dritten auf Zustimmung oder Bewilligung der Löschung gemäß § 888 belangen.

Im zweiten Falle kann von einem Berichtigungsanspruche nicht die Rede sein, vielmehr muß der Vorgemerkte vor seiner eigenen Eintragung z. B. bei der Auflassungs-Vormerkung, wenn nach ihrer Eintragung das Grundstück an einen Dritten zu Eigenthum übertragen ist, die Zustimmung dieses dritten Erwerbers in der Form des § 29 GBO. erlangen und eventuell gemäß § 888 darauf klagen; so die herrschende Ansicht. Zweifelhaft ist aber, ob die Klage aus § 888 gegen den Dritten erst erhoben werden darf, nachdem der ursprünglich Verpflichtete bereits rechtskräftig z. B. zur Auflassung verurtheilt ist? **Fuchs** I 139 Anm. 2, **Turnau-Förster** I 189, **Neumann** a. a. O. bejahen die Frage, **Biermann** 73 Anm. 4 verneint sie. So neuerlich auch das **RG. 53** 28—35. Das OLG. Dresden (OLG. **4** 237) unterscheidet, ob die Vormerkung auf Grund einer Bewilligung des Schuldners, oder auf Grund einstweiliger Verfügung eingetragen worden ist. Im ersteren Falle könne die Klage gegen den Dritten ohne Weiteres erhoben werden, im letzteren Falle erst nach rechtskräftiger Verurtheilung des ursprünglich Verpflichteten.

3. Bestritten ist, ob der Dritte die dem Verpflichteten gegen den Anspruch zustehenden Einreden geltend machen kann? **Turnau-Förster** I 189 verneinen mit ausführlicher Begründung, zustimmend **Neumann** Handausg. Note IV 1a zu § 883; dagegen bejahen **Planck** Anm. 2 zu § 888, **Fuchs** Anm. 14 zu § 883, **Biermann** Anm. 4 zu § 888, W. u. V. 212 und jetzt **RG. 53** 28 ff.

Unstreitig können Einwendungen, welche auf die Nichtigkeit der Willenserklärung abzielen, geltend gemacht werden, **RG. 36** 249 ff., JW. **98** 209 Nr. 3, vgl. auch Neumann a. a. O.

4. Wegen des Unterschieds zwischen Vormerkung und Veräußerungsverbot wird auf die Abhandlung von **Joh. Neumann**, JW. **02** 454 ff. hingewiesen.

§ 889. 1. Die Bestimmung, betreffend die Vereinigung von Eigenthum und Rechten an einem fremden Grundstück in einer Person, bezieht sich auf vorgemerkte Rechte nicht. So die herrschende Ansicht. Insbesondere auch KG. (OLG. **5** 390), **Oberneck** Gruchots Beitr. **47** 323, 324 gegen **Fuchs** I 140 Anm. 2 und **Othmer** 94 ff Im Uebrigen vgl. unten bei der Eigenthümerhypothek zu § 1163 BGB.

2. Nach dem **RG. 47** 209 setzt der § 889 ein gültig bestelltes und eingetragenes Recht voraus, welches während der Dauer der Vereinigung nicht etwa dem Eigenthümer als Recht an eigener Sache zusteht, vielmehr ruht und erst bei Lösung der Vereinigung wieder auflebt, nicht etwa in Folge eines einseitigen Aktes des Eigenthümers neu entsteht.

Aus § 889 darf nicht gefolgert werden, daß allgemein Rechte am eigenen Grundstücke bestellt werden dürfen. Dies ist nur zuläßig in den Fällen, in denen das Gesetz es ausdrücklich gestattet. **Turnau-Förster** I 192 Anm. 2, **Fuchs** I 147 Anm. 6.

§ 890. Wenn eine Vereinigung mehrerer Grundstücke stattgefunden hat, so können neue Grundstücke nur dem ganzen, nicht aber einem einzelnen angegliederten Grundstück als Bestandtheil zugeschrieben werden, OLG. **2** 407 (KG.).

§ 891. 1. Die Vermuthung des § 891 soll nach Dernburg III 141 Ziff. 5 und Fuchs I 149 Anm. 5 bei Briefhypotheken und Briefgrundschulden nicht durchgreifen, weil hier der Gläubiger die Hypothek oder Grundschuld erst erwerbe, wenn ihm der Brief von dem Eigenthümer des Grundstücks übergeben worden sei. Gegen diese Ansicht Oberneck 206/207; Biermann 76 Anm. 2a; Turnau-Förster I 197 Anm. 3; Predari 162 zu Anm. 4; Fischer, A.bürgR. **14** 256 Anm. 25; KGJ. **22** A 310.

2. Die Rechtsvermuthung des § 891 kann durch Eintragung eines Widerspruchs nicht gebrochen werden, denn der Widerspruch ist eine vorläufige Eintragung, der nicht größere Kraft als einer endgültigen beigemessen werden kann; so Planck III 107 Anm. 5a; Biermann 77b; Cosack 38 § 180 Ziff. f; Oberneck 207. Anderer Ansicht Dernburg III 142, § 48 Ziff. 8; Fuchs I 148 Anm. 4.

§ 892. 1. Bei Doppelbuchungen, d. h. wenn über ein und dasselbe Grundstück zwei verschiedene Grundbuchblätter geführt werden, steht eine der anderen entgegen und kann keiner der anderen gegenüber der Vorzug eingeräumt werden; so die herrschende Meinung: JW. **00** 573; RG. **39** 241, **29** 205; Oberneck 213, 207; Planck III 109 Anm. 4; Biermann 80; Turnau-Förster I 410/411; abweichender Ansicht Jakubezky 217, vgl. auch Ramdohr Gruchots Beitr. **44** 344.

2. Nach der herrschenden Meinung kann der Grundakteninhalt Gegenstand des öffentlichen Glaubens nur insoweit sein, als darin die in dem Eintragungsvermerke statthafter Weise in Bezug genommene Eintragungsbewilligung enthalten ist (Oberneck 210, 213; Turnau-Förster I 209, 223 u. A.).

3. Streitig ist die Frage, ob dem Erwerbe von Vormerkungen und Widersprüchen der Schutz des öffentlichen Glaubens zur Seite steht. Biermann 79 und W. u. V. 97, 191 verneint die Frage, weil diese Grundbuchvermerke nicht Rechte am Grundstücke darstellen. Jedenfalls ist nach seiner Auffassung der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch oder das dem Widerspruche zu Grunde liegende Recht nicht durch das Publizitätsprinzip geschützt. Im Wesentlichen übereinstimmend KGJ. **21** A 286; Cosack § 177 II 1, § 180 II 2c; Turnau-Förster I 223 Nr. VI unter 1. Abweichend Fuchs I 122 Anm. 20, 135 Anm. 10, 152 Anm. 3, welcher den guten Glauben des Grundbuchs auch auf diese Sicherungsvermerke erstreckt, vgl. auch Schilde 18. Oberneck 211 will zwar den Erwerb eines Widerspruchs durch den öffentlichen Glauben geschützt wissen, nicht aber denjenigen einer Vormerkung.

4. Ein sehr erheblicher Streit hat sich über die Ausdehnung der Fiktion der Richtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich der Angaben im Grundbuch über den Umfang des Grundstücks, insbesondere in Ansehung der aus dem Kataster in das Grundbuch übernommenen Angaben erhoben. Es fragt sich, ob diese stets als rein thatsächlicher Natur anzusehen und deshalb dem Publizitätsprinzip entzogen sind, oder ob diese Angaben nicht ebenfalls zum Inhalte des Rechtes gehören können, namentlich in der Richtung, welche Theile der Erdoberfläche in den Bereich der Herrschaft der im Grundbuch eingetragenen dinglichen Rechte und insbesondere des Eigenthumsrechts fällt.

Für die letztere Alternative haben sich entschieden: Oberneck Gruchots Beitr. **43** 171, 172; Wolff Gruchots Beitr. **45** 765; Fuchs I 155; Predari 34; Biermann 78, 79; Achilles-Strecker 152 a. E.; Leske 386; Koppers, R. **00** 220; auch das KG. hat sich dieser Ansicht angeschlossen in KGJ. **25** A 106; OLG. 6 13, 14; OLG. 5 12, 297 und das LG. Danzig, PosMschr. **00** 147, dagegen schließen die Anwendung des § 892 aus Planck Anm. I 1 zu § 892; Turnau-Förster I 207; Neumann Anm. IIc zu § 892; Kuhlen-

beck zu § 892; Ramdohr in Gruchots Beitr. **44** 341 ff.; Jakubezky 214 ff.; Staudinger-Kober Anm. 1 B zu § 892. Das RG. JW. **01** 341 Nr. 36; Gruchots Beitr. **46** 1155; Seuff. A. **55** Nr. 67 und das OLG. Stuttgart, WürttJ. **13** 166 haben sich gegen das Publizitätsprinzip ausgesprochen.

5. Bei Uebernahme des Gesammtvermögens eines Anderen durch Vertrag gemäß § 419 BGB. ist § 892 nicht anwendbar, weil darin nach der Ansicht des RG. und KG. eine besonders gestaltete Art von Universalsukzession in die Passiva gefunden wird (RG. Gruchots Beitr. **46** 1156; KGJ. **22** A 144, vgl. Turnau-Förster I 205).

6. Reinhard-Förster, Handb. des formellen Grundbuchrechts 29, hebt hervor, daß beim Erbbaurecht und den landesgesetzlich zugelassenen Rechten, für welche ein besonderes Grundbuchblatt angelegt werden kann bzw. muß, für die Frage, ob ein solches Recht existent geworden ist und welchen Umfang und Rang es hat, das Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks entscheidet; zustimmend Fuchs I 157 Anm. 5; Predari 80 Ziff. 6, 83 Ziff. 6.

7. Zweifelhaft ist, ob aus der Fiktion der Richtigkeit des Grundbuchinhalts die Folgerung gezogen werden darf, daß, wenn in dem Prozesse die eine Partei ein Nichtberechtigter ist, das rechtskräftige Urtheil zu Gunsten des gutgläubigen Gegners auch gegen den wahren Berechtigten wirkt? Für die Bejahung dieser Ansicht ist Hellwig, Rechtskraft 424 ff., 480 ff. eingetreten, die herrschende Meinung lehnt sie aber ab, so Mot. III 223, Biermann 84 Anm. 7, Gaupp-Stein Note IV zu § 325, Seuffert Anm. 8 zu § 325, Mendelsohn, Rechtskraft 311 ff., 433 ff.

8. Das KG. (KGBl. **03** 10) hat angenommen, daß bei der Abtretung der Briefhypothek für den guten Glauben der Zeitpunkt entscheidet, in welchem sowohl die schriftliche Zession wie die Uebergabe des Briefes vollzogen ist, so daß, wenn der Brief nach der Zession ausgehändigt wird, der Zeitpunkt der Aushändigung maßgebend ist. Bei der Vereinbarung, daß der Gläubiger sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen lassen darf, ist der Erwerb schon mit der Eintragung eingetreten und der gute Glaube muß zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrags vorhanden gewesen sein, so auch Strecker 99, Oberneck 216, Turnau-Förster I 221 Anm. 7. Biermann 85 Anm. 8b, abweichend Hachenburg, Vorträge (1. Aufl. 309).

9. Wird in der Zwischenzeit zwischen dem Antrage des Erwerbers auf Eintragung seines Rechtes und der Eintragung selbst ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen, so verliert der Erwerber den Schutz des öffentlichen Glaubens; dasselbe gilt von der Eintragung einer Verfügungsbeschränkung; so die herrschende Meinung, Biermann 86, Strecker 99, Cosack 42 § 180 IV 5, Fuchs I 161 Anm. 10, Neumann I 590 Nr. 2. Dagegen aber Turnau-Förster I 221, 222.

10. Streitig ist, ob die eintragungsfähigen, aber nicht eintragungspflichtigen dinglichen Grundstücksrechte ihre dingliche Wirkung auch dem gutgläubigen Dritten gegenüber behalten? Oberneck 220, Turnau-Förster I 210, Eccius Gruchots Beitr. **44** 766, Maenner 31, Koppers R. **00** 7 bejahen dies. Dagegen wird die Frage verneint von Fuchs I 157 Nr. 6B, Planck III. 113, III 2, Biermann 82 Anm. 4, Strecker 88, Enneccerus-Lehmann II 120.

11. Der Schutz des gutgläubigen Erwerbers wird auf dessen Rechtsnachfolger allgemein ausgedehnt. So OLG. 2 266 (KG.), Seuff. A. **56** 130 Nr. 76, Strecker 98, 99, Planck III Anm. III 1 zu § 892, Turnau-Förster I 219 Anm. 4, Oberneck 217 § 44 Ziff. 8.

12. Zweifelhaft ist auch, ob abgesehen von der Eintragung eines Treuhänders nach § 1189, durch die Eintragung eines Vertreters im Grundbuche, dessen Vertretungsmacht am öffentlichen Glauben theilnimmt. Das OLG. Kolmar (OLG. **2** 196) hat die Frage verneint, ebenso Biermann 82, dagegen aber Ramdohr Gruchots Beitr. **44** 348 ff.

13. Bezüglich der Verfügungsbeschränkungen hat KGJ. **21** A 133 Nr. 31 die Abrede: „das Grundstück darf ohne Genehmigung des Kaufmanns X. weder veräußert noch belastet werden", als rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung nicht für eintragungsfähig erachtet. Dasselbe gilt von dem in Eheverträgen oder letztwilligen Verfügungen festgesetzten Verfügungsbeschränkungen. Vgl. KGJ. **20** A 292 Nr. 79, Jeppe Elf. Lothr. JZ. **01** 265 ff., Lorenz Brütt, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach gemeinem Rechte und dem BGB., Berlin 1901.

14. Das Grundbuchamt kann trotz Eintragung einer Verfügungsbeschränkung (Konkursvermerk, Beschlagnahmevermerk) anderweite Eintragungen, soweit dieselben bedingungsweise zulässig sind, an sich nicht ablehnen; so die herrschende Meinung KGJ. **22** A 129, **23** A 242, OLG. **4** 197, BadRpr. **02** 153, Achilles-Strecker 121, Turnau-Förster I 131 u. A. Vgl. dagegen aber Schöller, DJZ. **02** 165, Kretzschmar, CBlFrG. **2** 815, Biermann 81.

15. Streitig ist, ob die Anhängigkeit eines Prozesses eintragungsfähig ist. Schilde 8, Biermann 80 Anm. 3, Oberneck 360 Ziff. 4, Predari 194 bejahen die Frage, weil die Rechtshängigkeit eine Verfügungsbeschränkung enthält, Turnau-Förster I 214, Achilles-Strecker 128 Nr. 7, Planck III 68 a Abs. 4, Fuchs I 166, 167 lassen die Eintragung nur im Wege einstweiliger Verfügung zu.

§ 893. Der Schutz des öffentlichen Glaubens ist auch auf einzelne bestimmte Leistungsgeschäfte ausgedehnt, so daß die Leistung an den bloßen Buchberechtigten die Befreiung dem wahren Berechtigten gegenüber bewirkt (z. B. Reallastenleistung, Zahlung der Ablösungssumme, Rückzahlung des Hypothekenkapitals bei der Buchhypothek). Streitig ist aber, ob die Leistung an einen nur vorgemerkten Gläubiger sowie die Pacht- und Miethszinszahlung unter die Bestimmung des § 893 fallen. Fuchs I 171 Anm. 1b, 135 Anm. 10, 122 Anm. 20, 152 Anm. 3 bejaht dies durchweg. Hinsichtlich des vorgemerkten Anspruchs ist die entgegengesetzte Auffassung die herrschende. Vgl. Turnau-Förster I 163d, Cosack 24 § 177 II Abs. 1a, Oberneck 211, Neumann I 580 Anm. IV 1b, Biermann 79 Anm. 2, KGJ. **21** A 289. Hinsichtlich der Mieth- und Pachtzinsen stimmt Biermann 83 Anm. 6a der Fuchs'schen Ansicht bei (vgl. auch Hellwig, Rechtskraft 429, 430). Turnau-Förster I 230 Anm. II 1a bekämpft diese Ansicht, weil durch die Eintragung des neuen Eigenthümers noch gar nicht feststeht, daß die Nutzungen schon mit der Eintragung auf ihn übergegangen sind.

§ 894. 1. Hinsichtlich der Legitimation zur Grundbuchberichtigung hat das RG. **53** 408 ausgesprochen, daß derjenige, der zur Zeit der Klagerhebung nicht mehr Eigenthümer ist, zur Berichtigungsklage aktiv nicht legitimirt sei. Wenn aber der frühere Eigenthümer in dem Kaufvertrage sich verpflichtet hat, das Grundstück wegen der Hypothekenschulden lastenfrei zu stellen, so liege darin die Ermächtigung.

2. Streitig ist ferner, ob die unbegründete Löschung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs im Wege der Berichtigung durch Wiedereintragung der Vormerkung oder des Widerspruchs beseitigt werden kann? Oberneck 233, 234; Schilde 54; Fuchs I 175 Anm. 3d bejahen die Frage. Dagegen verneint sie Biermann 88 Anm. 1f, weil diese Einträge nicht zum Inhalte des Grundbuchs gehören.

3. Wenn eine Verfügungsbeschränkung, die den Eingetragenen in der Verfügung über ein eingetragenes Recht zu Gunsten einer bestimmten Person beschränkt, nicht eingetragen oder zu Unrecht eingetragen oder zu Unrecht gelöscht worden ist, wie z. B. ein Konkursvermerk, ein Nacherbefolgevermerk, so besteht Streit darüber, ob ein Berichtigungsanspruch gegeben sei. Biermann 88e stützt sich auf den Wortlaut des Gesetzes und verneint. Ebenso Planck III 116 Anm. II 2 und Staudinger-Kober Anm. 1a zu § 899, soweit diese Verfügungsbeschränkungen, wie Biermann a. a. O., meint das beschränkte Recht nicht inhaltlich ändern, sondern wie der Konkursvermerk nur von außen herantrete. Dagegen bejahen Oberneck 227, Schilde 14; Fuchs 174 Anm. 3c; Neumann Anm. II 1b zu § 894.

4. Nach Oberneck 231, Dernburg III 143 Ziff. 3, Biermann 88 Anm. 2, Turnau-Förster I 232 ff., Fuchs I 173, Predari 178, Staffel, SächsA. **9** 202 ff. ist der Berichtigungsanspruch ein dinglich negatorischer. Dagegen meint Schilde 52 ff., daß der Anspruch dem prozessualen Feststellungsanspruch ähnele und Hellwig (Anspruch und Klageverjährung 29 Anm. 16) sieht in der Klage eine Anspruchs- und Leistungsklage. Entgegen dieser Auffassung halten Cosack § 179 III 2c 135 und Ramdohr Gruchots Beitr. **44** 262 den Anspruch für einen obligatorischen.

5. Der Gerichtsstand für die Klage auf Berichtigung ist nach Oberneck § 45 Nr. 5, Turnau-Förster I 247 Anm. 19 in der Regel der ausschließliche der belegenen Sache, da regelmäßig das Eigenthum, eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird.

6. Der Einwand, daß der Kläger nur Buchberechtigter, aber nicht wirklich Berechtigter ist, wird von Fuchs I 176 Anm. 4 und Biermann 88, 89, Predari 178 Anm. 30 zugelassen, weil sonst der Kläger die Beseitigung einer Beeinträchtigung verlangen könnte, die nicht sein Recht — denn er hat kein Recht —, sondern das Recht eines Anderen erfahren hat. Abweichend Schilde 57 und Oberneck 234 Abs. 2.

7. Das auf Uebergabe der entsprechenden Bewilligung oder Zustimmungserklärung ergangene rechtskräftige Urtheil hindert das Grundbuchamt nicht, in eine selbständige Prüfung darüber einzutreten, ob die Grundbuchberichtigung zulässig ist. Das KGJ. **21** A 297 Nr. 75 hatte im folgenden Falle die Ablehnung derselben seitens des Grundbuchamts für berechtigt erklärt. Eine Kirchengemeinde hatte in der irrthümlichen Annahme, daß sie durch Anlegung eines Begräbnißplatzes auf dem Grundstück eines Privaten von selbst Eigenthümerin dieses Platzes geworden sei, gegen denselben auf Zustimmung der Grundbuchberichtigung geklagt und ein rechtskräftiges Urtheil erstritten. Die Ablehnung war damit begründet, daß die Kirchengemeinde kein Eigenthum erworben hatte, sondern nur einen obligatorischen Anspruch auf Auflassung und Eintragung gegen den Eigenthümer.

8. Handelt es sich um eine Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich des Eigenthümers, so bedarf es nach der Auffassung des KGJ. **22** A 143 Nr. 33 nicht etwa, wie Endemann § 23 Anm. 3 meint, der Rückauflassung des Bucheigenthümers an den wahren Eigenthümer, sondern es genügt die Berichtigung zu Gunsten des wahren Eigenthümers.

9. Zielt die Berichtigung auf Löschung einer Grundkreditbelastung ab (Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld), so ist die Klage auch gegen den Eigenthümer gemäß § 27 GBO. zu richten. So RG. bei Turnau-Förster I 237.

§§ 895, 896. Der Berichtigungsberechtigte kann die Herausgabe des Briefes von dem unmittelbaren Besitzer verlangen, so namentlich auch von demjenigen, welcher den Brief auf Grund eines Pfandrechts an der Hypothek im

Besitze hat. Hierbei ist es unerheblich, daß die Abtretung der Briefpost außerhalb des Grundbuchs unter dem früheren Rechte erfolgt war. So RG. **47** 158.

Wenngleich die §§ 895, 896 ihrem Wortlaute nach nicht die Leistung des Anspruchgegners auf Vorlegung des Inhaber- und indossablen Papiers mit umfaßt, so ist doch die Theorie darüber einig, daß § 896 analog anzuwenden ist. Vgl. Schilde 51; Oberneck 232; Biermann Anm. zu § 896.

Die Zwangsvollstreckung wegen Herausgabe des Briefes erfolgt nach § 883 CPO. Vgl. Fuchs I 182 Anm. 6, Biermann Anm zu § 896.

§ 897. Die Berichtigungskosten hat auch der Nacherbe hinsichtlich der Eintragung des Vorerben zu tragen. Turnau-Förster I Anm. 1 zu § 897, Fuchs I 183 Nr. 3. A. A. Dernburg III 145 § 49 Nr. 6.

§ 899. 1. Der Widerspruch ist nur insoweit statthaft, als zur Zeit ein wirksames dingliches Recht besteht. Ist es in Folge der Tabularersitzung (§ 900) oder der Rechtsverjährung (§ 901) untergegangen und somit der Berichtigungsanspruch gegenstandslos geworden, so kann ein Widerspruch nicht eingetragen werden. Dies hebt Oberneck 259 hervor.

2. Eine Anfechtung des Widerspruchs im Beschwerdeweg ist nach KGJ. **20** A 217 nicht statthaft. Streitig ist die Frage, ob ein Widerspruch gegen einen Widerspruch oder eine Vormerkung eingetragen werden kann. Das KG. hat die Frage in stetiger Praxis verneint, vgl. KGJ. **20** A 217, **21** A 147, 286, **26** A 77. Derselben Ansicht sind Schilde 80 § 10; Turnau-Förster I 257 Anm. 9. Dagegen sagt Fuchs I 185 Nr. 2: es könne sehr wohl einen Widerspruch in Ansehung der Vormerkung oder des Widerspruchs geben. Biermann 93 Anm. 1 und W. u. V. 83 bekämpft mit Entschiedenheit die Ansicht des KG. und will einen Widerspruch sowohl gegen eine Vormerkung wie gegen einen Widerspruch zulassen.

3. Wolff, A.civPr. **91** 368 bestreitet, daß der Vorsitzende des Gerichts die einstweilige Verfügung erlassen kann. Biermann 93 Anm. 2 ist entgegengesetzter Ansicht, da die Voraussetzungen des § 944 CPO. gegeben seien.

4. Es ist streitig, ob im Falle des § 1139 BGB. der bloße Antrag des Berechtigten genügt oder ob dieser in der Form des § 29 GBO. zu stellen ist. Neumann I 742 Anm. 3a zu § 1139 und Biermann 94d halten jene Form im Gegensatze zu den sonstigen Bearbeitern des Sachenrechts für nicht erforderlich. Biermann a. a. O. hebt noch hervor, daß es genügen müsse, wenn die Voraussetzungen des § 22 GBO. vorliegen.

5. Frey CBlFrG. **2** 301 verbreitet sich über die Fälle, in welchen von Amtswegen ein Widerspruch eingetragen werden kann.

6. Das KG. verlangt bei Vermeidung der Unwirksamkeit der Eintragung, daß aus derselben hervorgehe, gegen welche Unrichtigkeit der Widerspruch sich richte, zu wessen Gunsten er eingetragen ist, und welchen Berichtigungsanspruch er betrifft; es verneint die Bezugnahme auf eine dem Widerspruche zu Grunde liegende Urkunde (KGJ. **23** A 133 Nr. 33). Turnau-Förster I 255 Anm. 12 vertreten denselben Standpunkt. Dagegen wollen die Bezugnahme zulassen Planck III 122 Anm. 3, Biermann 94 Anm. 2f, Fuchs I 189, Predari 186 Nr. 3, Staudinger-Kober III 115 Anm. 7b.

7. Wenn Jemandem mit Unrecht ein Grundstückstheil zugeschrieben und hiergegen ein Widerspruch im Grundbuch eingetragen werden soll, so bedarf es ebensowenig wie bei der Vormerkung erst der Abschreibung der Parzelle in Gemäßheit des § 6 GBO. So Predari 73 Anm. 9, Achilles-Strecker 161, Biermann 94.

8. Streit herrscht über die Frage, ob bei Eintragung eines Widerspruchs gegen das Recht des eingetragenen Eigenthümers nach §§ 28, 37 Ziff. 5 ZwVG.

und mit Rücksicht auf § 772 CPO. die Aufhebung oder einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung anzuordnen ist? Die herrschende Meinung verneint die Frage, weil der Widerspruch selbst noch kein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Grundstücksrecht, sondern nur ein vorläufiges Sicherungsmittel ist, und hält nur die Vollstreckungsinterventionsklage nach § 771 CPO. für zulässig, der Widerspruch bewirke keine Sperre des Grundbuchs. Vgl. Planck Anm. 4b zu § 899, Turnau-Förster I 254 Anm. 7, Fuchs I 186, Biermann W. u. V. 98, Goldmann-Lilienthal 1. Aufl. 578 Anm. 2. A. A. Oberneck 265, Schilde 78, Strecker 109, Kretzschmar I 193, 201 ff.

9. Wie nach früherem preußischen Rechte ist auch nach geltendem Rechte der zur Sicherung des Rechtes auf Eintragung des Eigenthums gebuchte Widerspruch nicht abtretbar. Vgl. Oberneck, Preuß. Grundbuchgesetze, 2. Aufl. 35 Anm. 3, Turnau-Förster I 254 Anm. 10. Im Uebrigen geht mit der Abtretung des Rechtes, welches durch den Widerspruch geschützt wird, auch der Widerspruch auf den Erwerber über (§§ 401, 412 BGB.).

10. Schilde 81, 82 will in analoger Anwendung des § 887 BGB. im Wege des Aufgebotsverfahrens eine Ausschließung des Rechtes aus dem Widerspruche zulassen. Dagegen Oberneck 266 Nr. 5; Biermann 95 Anm. 5c; Goldmann-Lilienthal 1. Aufl. 578 N. 4.

§ 900. Oberneck 244 Nr. 3b; Biermann 96 Anm. 1 u. 2; Kohler, A.civPr., 87 291; Fuchs I 191 wollen auch den Nießbraucher und Wohnungsberechtigten als ersitzungsberechtigt erachten. Dagegen Maenner 63 Nr. 7, Planck III 125 Anm. 4.

§ 901. Rechte, deren Eintragung gesetzlich unzulässig sind, wie die Ueberbau- und Nothwegsrente, fallen nicht unter die Bestimmung dieses Paragraphen, da das Gesetz von einem dinglichen Rechte spricht, das nicht eingetragen worden ist. Diese Fassung paßt nicht für Rechte, die überhaupt nicht eingetragen werden dürfen. So Oberneck 243; Biermann Anm. 2 zu § 901; Turnau-Förster I 263 Anm. 4; Fuchs I 194 Anm. 5. A. A. Maenner 62 Anm. 5; Dernburg III § 49 Anm. 14.

§ 902. Es herrscht Streit über die Frage, ob der Eigenthumsanspruch auf Herausgabe des Grundstücks der Verjährung stets entzogen ist, vorausgesetzt, daß das Grundstück gebucht ist und das Eigenthum durch das Grundbuch nachgewiesen wird. Während Schilde 70, 38 ff., Oberneck 237, Kretzschmar I 207 die Frage bejahen, wird sie verneint von Fuchs I Anm. 3a, Biermann Anm. 1 zu § 902, Henle R. **01** 487.

Dritter Abschnitt.

Eigenthum.

Erster Titel.

Inhalt des Eigenthums.

§ 903. 1. **RG. 50** 227, JW. **02** Beil. 212. Die Schranken, welche dem Eigenthümer im Interesse eines geordneten nachbarlichen Zusammenlebens in den bürgerlichen Gesetzen gezogen sind, gehen nicht so weit, daß er eine erlaubte Art der Benutzung seines Grundstücks unterlassen müßte, welche, ohne über die Grenzen seines Grundstücks hinauszuwirken, den Werth der Nachbargrundstücke zu beeinträchtigen geeignet ist, es sei denn, daß die Benutzungsart nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen (§ 226 BGB.). Diese Regel wird durch § 826 BGB. und das öffentliche Recht durchbrochen,

das den Eigenthümer in mannigfacher Art beschränkt (z. B. § 16 GewO.). Wirkt eine in den allgemeinen Gesetzen erlaubte und von der örtlich zuständigen Verwaltungsbehörde genehmigte Benutzungsart nicht über die Grenzen des Grundstücks hinaus, so fehlt es an den Grundlagen einer Entschädigungspflicht, wenn auch die Benutzungsart (z. B. wegen ihrer Gefährlichkeit) auf den Werth der Nachbargrundstücke nachtheilig einwirkt.

2. a) **RG. R. 00** 440. Nach den §§ 903, 906 BGB. darf der Eigenthümer eines Grundstücks zwar Andere grundsätzlich von jeder Einwirkung auf das Grundstück ausschließen; gegenüber der Einwirkung übler Gerüche hat er aber ein Verbietungsrecht nur insoweit, als es sich um erhebliche, ungewöhnliche, nicht ortsübliche Immissionen handelt, die eine Fortdauer oder eine Wiederholung erwarten lassen.

b) **RG. JW. 00** 640. Der Eigenthümer kann die Entfernung einer öffentlichen Bedürfnißanstalt verlangen, durch welche er in der Benutzung seines Eigenthums beeinträchtigt wird. Die negatorische Klage wegen Immission ist auch dann gegeben, wenn das Grundstück, von welchem aus die unzulässige Immission stattfindet, im (öffentlichen) Eigenthum einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft steht. Eine Beseitigung der verletzenden Anlage kann dann nicht verlangt werden, wenn solche nicht ohne einen unstatthaften Eingriff in öffentlich-rechtlich gewährleistete Befugnisse und Interessen stattfinden könnte oder ihr Gründe des öffentlichen Rechtes entgegenstehen.

c) **RG. JW. 02** Beil. 240. Der Eigenthümer von Wiesen ist in dem Gebrauche seiner Wiesen gestört, wenn er durch Verbreitung schädlicher Stoffe über die Wiesen in dem Gemeingebrauch eines öffentlichen Flusses zum Tränken des für die ordnungsmäßige Benutzung dieser Grundstücke unentbehrlichen Weideviehs behindert wird.

3. OLG. Karlsruhe R. **02** 208. Wer ein Recht am fremden Grundstücke behauptet, muß es trotz seines Besitzes beweisen.

4. Vgl. ferner unten zu § 906.

§ 904. Kretzschmar, SächsA. **12** 394 vertritt gegen Biermann und Endemann die Ansicht, daß nicht derjenige, zu dessen Gunsten die Einwirkung stattfindet, sondern stets der Einwirkende als der zum Ersatze Verpflichtete anzusehen sei. Nur deshalb sei hier nicht ebenso wie im § 228 der Handelnde ausdrücklich als der zum Schadensersatze Verpflichtete bezeichnet worden, weil sich das hier nicht erforderlich gemacht habe. Ebenso Planck Note 3bβ zu § 904 und Dernburg 227. Im Uebrigen vgl. oben zu § 228, bes. Ziff. 3 u. 4.

§ 905. Satz 2. Kretzschmar a. a. O. 410: Der Mangel des Interesses ist dem Eigenthümer nachzuweisen. Zu berücksichtigen ist auch ein ideales Interesse, z. B. dasjenige am freien Anblicke des Himmels.

OLG. 5 383 (Celle). Der 2. Satz des § 905 ist eine Ausnahme vo Satz 1, so daß es Aufgabe des auf jenen Luftraum Einwirkenden ist, zur Abwendung der Klage des Eigenthümers solche Thatsachen und Umstände zu behaupten und zu erweisen, welche erkennen lassen, daß die Einwirkung in solcher Höhe vorgenommen ist, daß der Eigenthümer an der Ausschließung kein Interesse hat. — Welche Interessen des Eigenthümers zu berücksichtigen sind, sagt das Gesetz nicht; man wird darunter jedes nur irgendwie des Schutzes würdige Interesse zu verstehen haben, somit auch das reine Affektionsinteresse, sobald es nur in wahrnehmbarer Weise zu Tage tritt.

§ 906. 1. **RG. 50** 228. Der § 906 handelt lediglich von schon geschehenen sinnlich wahrnehmbaren (wenn auch imponderabeln) Hinüberwirkungen in fremde Grundstücke. Fehlt es an solchen, bleibt die körperliche Wirkung eines Betriebs innerhalb der Grenzen eines Grundstücks, so ist die Voraussetzung der

Anwendung des § 906 nicht gegeben. Der von der Revision konstruirte Begriff der „idealen" Immission ist dem BGB. fremd und eine analoge Anwendung des § 906 ausgeschlossen, da diese Bestimmung sich als eine Ausnahme von der Regel des § 903 darstellt.

2. a) **RG.** Seuff. A. **56** 181, JW. **01** 19. Der Grundsatz der Prävention gilt bei der Kollision der Rechte benachbarter Eigenthümer nicht. Wer sein Eigenthum in einer Weise gebraucht, daß dadurch die Benutzung des Nachbargrundstücks beeinträchtigt wird, kann sich nicht darauf berufen, daß er seine Grundstücke schon früher in gleicher Art benutzt hatte, und der in der Benutzung seines Grundstücks durch Immissionen Beeinträchtigte braucht diese nicht schon aus dem Grunde zu dulden, weil und soweit sie erst mit der veränderten Benutzung seines Grundstücks schädlich geworden sind. Ueber die Kollision der beiderseitigen Rechte kann nur auf der Grundlage des gegenwärtigen, d. h. des Zustandes, wie er zur Zeit des Hervortretens der Kollision besteht, entschieden werden. (S. auch unten Ziff. 7 bei Hörle.)

b) OLG. Karlsruhe R. **01** 589/590. Die Einreden, die das BGB. dem Immittenten gegen das Verbietungsrecht des Eigenthümers gewährt, sind im § 906 erschöpfend geregelt. Die Thatsache, daß der Beklagte in dem fraglichen Hause lange vor der Errichtung des Hauses des Klägers sein Gewerbe betrieben hat, durch das letzterer belästigt wird, begründet keine der im § 906 vorgesehenen Einreden.

c) OLG. **5** 151 (Breslau). Für die auf Grund einer neuen Fabrikationsmethode veranlaßten Immissionen kann sich der Beklagte auf eine bestehende Ortsübung nicht berufen, weil der Kläger durch den bisherigen Betrieb nicht beeinträchtigt war.

d) OLG. **2** 252 (KG.). Ist ein bestimmter Betrieb, mit dem ein gewisser Grad von Geräusch verbunden ist, in der Gegend durch seine Gewöhnlichkeit nach § 906 nicht verbietbar, so ist es darum noch nicht gestattet, den Betrieb rücksichtslos zu steigern, so daß nun die Störung, die bisher vielleicht sich nahe der Grenze hielt, wo sie wesentlich wird, weit über diese Grenze hinausgeht.

3. OLG. **5** 387 (Colmar). Die im § 906 angeführten Beispiele von unberechtigten Einwirkungen zeigen deutlich, daß das Eigenthum nicht bloß dadurch, daß sein Gegenstand vor Beeinträchtigung bewahrt wird, sondern auch dadurch geschützt werden soll, daß die Berechtigten selbst in ihrer Rechtsausübung vor störenden Einwirkungen gesichert werden.

4. **RG.** JW. **01** Beil. 187, Gruchots Beitr. **46** 650. Der Vermiether kann dann als Störer wegen Zuführungen durch seinen Miether verklagt werden, wenn er sie durch seine Anordnungen veranlaßt oder in ungeeigneter Weise geduldet hat, mit anderen Worten: wenn sie mit seinem Willen begonnen wurden oder ihre Fortsetzung von seinem Willen abhängig ist. Vgl. **RG.** **45** 297; **47** 162, JW. **01** Beil. 63; JW. **00** 840; OLG. **3** 11 (KG.), 181 (Celle).

5. **RG.** R. **02** 149: Ist der früher zugeführte Lärm in Folge gerichtlicher einstweiliger Verfügung seit Monaten unterblieben, so ist möglicher Weise kein Anlaß mehr zur Unterlassungsklage gegeben und kann eine solche nur dann Erfolg haben, wenn es sich entweder um eine Anlage im Sinne des § 907 handelt oder sonst Besorgniß der Wiederholung des Lärmes festgestellt werden kann.

6. **RG.** JW. **01** Beil. 141, **02** Beil. 202. Beweispflichtig für die Nichtübermäßigkeit und Ortsüblichkeit der Zuführungen ist der Beklagte. Vgl. OLG. Karlsruhe, R. **01** 435; OLG. **2** 252 (KG.); 506 Anm. 1 (Zweibrücken); OLG. Braunschweig, DJZ. **01** 464.

7. **RG.** JW. **02** Beil. 203: In der Urtheilsformel brauchen die zur Abwendung der Störungen geeigneten Vorkehrungen als solche nicht angegeben zu

werden. Es ist feststehende Praxis des Reichsgerichts, wonach bei Immissionsprozessen nach der Eigenart der hier in Frage stehenden Verhältnisse die Unbestimmtheit der Verurtheilung eine nicht zu vermeidende Nothwendigkeit ist, da die Frage, was zur wirksamen Verhütung unzulässiger Immission geschehen muß, nur von Fall zu Fall in der Zwangsvollstreckungsinstanz entschieden werden kann (vgl. **RG.** JW. **00** 438, 501; Gruchots Beitr. **44** 1096).

Bei Immissionsprozessen wird der Klaganspruch nicht schon durch Vorkehrungen erledigt, die der Beklagte zur Verhütung der Immission im Laufe des Prozesses trifft, da Kläger ein Recht auf dauernden Schutz hat und dieser ihm nur durch ein Urtheil, das bei künftigen Wiederholungen der Immission ein sofortiges Vorgehen im Zwangsvollstreckungsweg ermöglicht, gewährt wird.

8. **Einzelheiten.** Anwendungsfälle.

a) **Hörle**, Die Beeinträchtigungen des Eigenthums durch gewerbliche Anlagen nach BGB. und RGO. Verw.A. **10** 366 ff.

Erfolgt die Zuführung durch eine besondere Leitung, so ist es einerlei, ob sie durch menschliches Thun oder in Folge sonstiger Einwirkungen, wie Naturgewalt oder von Thieren hergestellte Gänge, Röhren, Löcher oder dgl., bewirkt wird. Nur dann kann sie nicht verboten werden, wenn die Leitung durch eine Grunddienstbarkeit bestellt ist. —

Das Grundstück, von dem die Einwirkungen ausgehen, braucht nicht unmittelbar benachbart zu sein. —

Auch wesentliche Beeinträchtigungen muß sich Jeder gefallen lassen, wenn sie nur vorübergehender Art sind, z. B. durch Bauten hervorgerufen werden. —

Für die Frage der übermäßigen Einwirkung ist die regelmäßige Benutzung des Grundstücks schon deshalb nicht maßgebend, weil der Eigenthümer es beliebig benutzen kann. Es muß unterschieden werden zwischen der Zeit des Immissionsprozesses und der des Zwangsvollstreckungsverfahrens. Im ersteren Stadium kommen die objektiven sachenrechtlichen Wirkungen der Zuführung in Betracht, wie sie im Thatbestande festgestellt werden. Tritt später Zwangsvollstreckung ein, so muß auf Grund dieses Thatbestandes erst festgestellt werden, ob die konkrete Einwirkung sich als eine übermäßige im Sinne des Urtheils erweist. Es hat also eine sachliche Prüfung des Umfanges der nunmehr bestehenden Zuführung und der dadurch verursachten Beeinträchtigung stattzufinden, also auch, ob und inwieweit auf der einen Seite eine Steigerung der die Einwirkungen hervorrufenden Kräfte, bzw. der Einwirkungen selbst, auf der anderen Seite eine Aenderung in der Bewirthschaftung oder Benutzungsart des leidenden Grundstücks und damit seiner Bedürfnisse eingetreten ist (368/69).

Ueber Fälle der Ortsüblichkeit s. a. a. O. 369. Die betr. Verhältnisse müssen sich aus dem öffentlichen oder den dem Gewerbe oder der Industrie entsprechenden Bedürfnissen naturgemäß entwickelt haben. Der Einzelne kann sie nicht rücksichtslos kraft des Eigenthums oder der Gewerbefreiheit schaffen. Auch insofern besteht eine Schranke, als die ortsübliche Beeinträchtigung durch eine Aenderung oder Erweiterung des Gewerbebetriebs oder der Gewerbeanlage nicht rücksichtslos gesteigert werden darf (369/370).

Auch sind die natürlichen Folgen des Zuvorkommens zu berücksichtigen, u. U. muß dem der Vorzug gegeben werden, der sich an dem Orte zuerst niedergelassen hat (Beispiel a. a. O.), sonst wären Gewerbebetriebe, die nach §§ 16, 23, 24 RGew.O. der obrigkeitlichen Genehmigung nicht bedürfen und des Schutzes des § 26 entbehren, dem Ruin ausgesetzt. Aber auch der Eigenthümer ist befugt, die Errichtung einer wesentliche Beeinträchtigungen der Benutzung seines Grundstücks herbeiführenden Anlage zu verbieten, auch wenn in Folge der

günstigen Bedingungen für derartige Betriebsanlagen die wirthschaftlichen Interessen des Unternehmers die des Eigenthümers weit überwiegen. Wirthschaftliche oder gar ästhetische Interessen oder günstige örtliche Vorbedingungen können ortsübliche Verhältnisse im Sinne des § 906 nicht rücksichtslos begründen (370).

b) OLG. 2 506 (Dresden): Der Eigenthümer von Waldungen kann den Schaden ersetzt verlangen, der seinem Waldbestande durch Zuführung von Abgasen aus den Fabrikessen der Beklagten zugefügt ist.

c) **RG.** Gruchots Beitr. **45** 1008: Eine Stadtgemeinde, welche eine Straßenkanalisation geschaffen hat, die von den an den Straßen wohnenden Bürgern dazu benutzt wird, schädliche und verunreinigende Substanzen einem Bache zuzuführen, dessen Wasser zu einer Fabrik benutzt wird, haftet dem Fabrikbesitzer für die dadurch entstandene Störung.

d) **RG.** Gruchots Beitr. **45** 1016: Der Militärfiskus haftet einem Grundstückseigenthümer für den Schaden, der dadurch entsteht, daß aus einem Schießstande Kugeln über das Grundstück fliegen. Der Feststellung eines Verschuldens bedarf es nicht.

e) OLG. 5 386 (Colmar): Der gewerbsmäßige Betrieb der Unzucht, der mit Wissen und Willen der Beklagten in den von ihnen an Dirnen vermietheten Häusern stattfindet, ist mit den mannigfachsten Störungen verbunden, die in das Eigenthum der Nachbargrundstücke, sinnlich wahrnehmbar, hinübergreifen und in deren Benutzung die Berechtigten wesentlich beeinträchtigen. Als eine solche Einwirkung in die Befugnisse der nachbarlichen Eigenthümer stellt sich auch das unanständige Benehmen der Dirnen dar. Den benachbarten Eigenthümern steht ein Anspruch auf Unterlassung zu. Vgl. oben § 823 II Ziff. 7 d (464).

9. Einzelheiten. (Nichtanwendung des § 906.) a) Bayr. ObLG. R. **02** 533: Hat der Eigenthümer eines Grundstücks durch eine von ihm auf diesem angebrachte Leitung bewirkt, daß das Wasser aus einem Nachbargrundstücke seinem Grundstücke zugeführt wird, so liegt in der Benutzungsweise des Nachbargrundstücks, auch wenn durch dieselbe das auf diesem Grundstücke sich sammelnde Wasser verschlechtert wird, keine unzulässige Einwirkung auf das erste Grundstück.

OLG. Stettin, R. **02** 589. Dem Unternehmer eines mit gemeiner Gefahr verbundenen Gewerbebetriebs steht der Schutz des § 906 nicht zur Seite, so daß der Anlieger, dessen Wald durch Lokomotivfunken in Brand gesetzt wurde, seinerseits nicht verpflichtet gewesen ist, sich durch einen sog. Schutzstreifen zu sichern.

10. **RG.** R. **01** 175. § 906 kann auf den Schadensersatzanspruch wegen störenden Fabrikbetriebs des Nachbars für die Zeit vor 1900 nicht Anwendung finden, weil die vor dem Inkrafttreten des BGB. entstandenen Schuldverhältnisse nach Art. 170 den bisherigen Gesetzen unterliegen.

§ 907. 1. a) **RG. 51** 253, JW. **02** Beil. 233. Unter „Anlage" kann schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauche nur ein Werk von gewisser Selbständigkeit, ein Bau oder Bautheil, eine Anpflanzung oder dergl. und nicht eine bloße räumliche Veränderung, die Erhöhung oder Erniedrigung eines bestehenden Ganzen, eines Grundstücks, also auch nicht die bloße erhöhende Aufschüttung auf eine Straße oder deren Tieferlegung, verstanden werden. Auch der Gesetzgeber hat den Begriff nicht anders aufgefaßt, wie sich aus § 909 ergiebt. Durch § 907 werden auch nicht alle wirklichen Anlagen getroffen, sondern nur solche, die, sei es selbstthätig, oder unter menschlichem Dazuthun, mittelst Hinüberleitens ihrer Bestandtheile oder mittelst Zuführens greifbarer oder doch sinnlich wahrnehmbarer Stoffe die Grenze überschreiten oder zu überschreiten drohen, nicht dagegen solche Anlagen, die sich streng auf der Grundfläche des sie Errichtenden halten, nicht unmittelbar und positiv in das Gebiet des anderen Grundstücks hinübergreifen, wenn sie dieses auch vielleicht negativ wirkend, z. B. durch Ent-

ziehung früher zugeflossenen Lichtes, bisher gegebener Aussicht oder Bequemlichkeit, beeinträchtigen. Die Erhöhung einer öffentlichen städtischen Straße fällt nicht unter § 907, da sie nicht körperlich in das Nachbargrundstück hinübergreift. Bringt eine solche Erhöhung dem anliegenden Gebäude Nachtheile, so geschieht dies nur durch Entziehung oder Erschwerung der bisherigen Art der Straßenbenutzung, weswegen den davon Betroffenen nach dem BGB. nur dann ein Verbietungsrecht oder ein Schadensersatzanspruch zustehen würde, wenn sie ein besonderes wohlerworbenes Dienstbarkeits- oder Vertragsrecht darauf nachzuweisen vermöchten.

b) Hörle a. a. O. 393. Das Gesetz hat hauptsächlich Anlagen an der Grenze, wie Dunggruben, Schlammgräben, Schmutzkanäle, Aborte, Brunnen, Gräben, Teiche, Häute- oder Knochenlager, Schweineställe, Fisch- und Geflügelschlächtereien, Schmieden, Backöfen, Rauchfänge, Heizungs- und Feuerungsanlagen, Brauereien, Wollwäschereien, Anstalten zur Bereitung künstlicher Mineralwässer, Salzmagazine, Gruben mit ätzenden Flüssigkeiten, sowie der Genehmigungspflicht nicht unterworfene Rauchwaarenzubereitungsanstalten, Färbereien, Feldziegelöfen und Feldbrände und elektrische Leitungen u. dergl. im Auge. —

Es soll durch § 907 insbesondere allmählich und unter kaum merklichen Fortschritten auf das Nachbargebiet sich erstreckenden schädlichen Einwirkungen vorgebeugt werden können.

Der Klage ist Genüge geleistet, wenn der Mangel der Anlage dauernd beseitigt wird. Der Beklagte hat alsdann für den zur Unterhaltung des ordnungsmäßigen Zustandes erforderlichen Aufwand aufzukommen und für die ordnungsmäßige Benutzung der Anlage zu sorgen. (Anm. 101 a. a. O.).

2. **RG. 50** 229. Die Bestimmung des § 907 Abs. 1 S. 1 bringt an sich, da sie nicht voraussetzt, daß bereits unzulässige Einwirkungen auf das Nachbargrundstück stattgefunden haben, vielmehr, wenn dies der Fall ist, schon nach allgemeinen Grundsätzen gehaftet wird, im Falle ihrer zur Zeit noch nicht mit einer Schadenstiftung verbundenen Verletzung nur den besonderen Anspruch hervor, daß die künftig schadende Anlage zu beseitigen ist (Mot. III 295). Ein Entschädigungsanspruch ist auch hier nur aus dem Gesichtspunkte der Enteignung denkbar. Wird nämlich durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen (wie z. B. durch § 26 Gew.O.) dem gefährdeten Eigenthümer das ihm nach § 907 BGB. zustehende Recht auf Beseitigung entzogen, so wird ein Entschädigungsanspruch gegen letzteren sich begründen lassen, aber doch nur, wenn die Voraussetzungen des § 907 gegeben sind, wenn also der dem Kläger obliegende Beweis geführt ist, daß eine unzulässige Einwirkung mit Sicherheit vorauszusehen sei.

3. Einzelne Fälle. a) Ortloff, Ueberhang 271 — s. unten zu § 910. — Jeder Grundstückseigenthümer kann an die Nachbargrenze ungehindert Bäume und Sträucher pflanzen, soweit nicht Art. 124 EG. ihn landesgesetzlich beschränkt. Genügt eine Anlage (Baum- oder Strauchpflanzung) den gesetzlichen Vorschriften, so muß erst thatsächlich die unzulässige Einwirkung hervortreten, bevor die Beseitigung verlangt werden kann. Genügt sie ihnen aber nicht, so kann der Nachbar Zurückrückung bis in die gesetzliche Entfernung oder wenigstens eine Sicherstellung wegen des drohenden Schadens (cautio damni infecti) verlangen, ohne den Nachweis einer thatsächlich eingetretenen unzulässigen Einwirkung erbringen zu müssen.

b) OLG. 2 345 (Marienw.). Wer eine auf seinem Grundstück angelegte Straße in den Weg eines Anderen einmünden läßt, verursacht einen Eingriff in dessen Eigenthum. Dieser Straßenanschluß ist eine Anlage i. S. des § 907.

c) OLG. 4 59 (Marienw.). Der Anspruch auf Beseitigung einer Klosettanlage und Kloakengrube fällt unter § 907.

Der Beeinträchtigte soll das Halten einer Anlage nur dann verbieten bzw. ihre Beseitigung nur dann fordern können, wenn ihr Bestand oder ihre Benutzung als solche (etwa nach der Eigenthümlichkeit ihrer Bestimmung) der Grund der Einwirkung ist. Leidet eine Anlage lediglich an einem Mangel, nach dessen Beseitigung die Einwirkungen aufhören und dem Nachbargrundstücke keine weitere Einwirkung mehr droht, so muß es bei dem sich aus § 1004 BGB. ergebenden Anspruch auf Beseitigung dieses die eingetretene Beeinträchtigung und die Besorgniß weiterer Beeinträchtigungen ergebenden mangelhaften Zustandes bewenden.

d) OLG. **4** 61 (Zweibrücken). Die Errichtung eines Leichenhauses an der Grenze eines Nachbargartens darf nach § 907 verboten werden.

§ 909. 1. OLG. **5** 151 (Cassel): § 909 giebt eine Sondervorschrift für den Fall einer Vertiefung, durch welche der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert. Das Gesetz ordnet nicht eine bestimmte Art der Vertiefung zum Schutze der Nachbarn an, bei der absichtlich oder aus Fahrlässigkeit etwas versäumt werden könnte (§ 823), sondern es begründet ein persönliches Forderungsrecht des Nachbarn auf genügende Sicherung, dessen Nichterfüllung eine Interesseforderung hervorruft.

2. OLG. Braunschweig, Seuff. A. **56** 356 ff., OLG. **4** 62. Das OLG. verwirft die in der Literatur, z. B. von Biermann zu § 909 und Maenner 122 vertretene Ansicht, daß der Anspruch aus § 909 sich gegen den richte, der die Vertiefung vorgenommen hat oder in dessen Auftrage sie vorgenommen wurde, ohne daß es auf sein Verhältniß zum Grundstück ankomme, indem es ausführt: Durch die Vorschrift des § 909 „ein Grundstück darf nicht derart vertieft werden" u. s. w., wird nicht nur eine solche Handlung für unzulässig erklärt, sondern zugleich bestimmt, daß der durch die Handlung geschaffene Zustand als den Nachbarn gefährdend unstatthaft sei. Schon dieser Zustand stellt mithin eine Beeinträchtigung des benachbarten Eigenthums dar, und für diese Beeinträchtigung ist als Störer derjenige verantwortlich zu machen, welcher den Zustand bestehen läßt, obgleich er nach seinem Verhältnisse zu dem vertieften Grundstück in der rechtlichen Lage ist, die Beeinträchtigung aufzuheben. Diese Auffassung wird dann aus der Entstehungsgeschichte des § 909 des Näheren begründet (358). Der Anspruch auf Beseitigung gehe mithin auch gegen den späteren Besitzer des Nachbargrundstücks.

Ebenso Endemann II § 73 Ziff. 3 Nr. 14 und Cosack II § 214 zu III 1.

RG. **51** 179. Gleichgültig ist es, ob die Vertiefungen vorübergehender Art oder von gewisser Dauer sind.

3. Ueber § 909 als Schutzgesetz i. S. des § 823 vgl. oben § 823 Ziff. II 5a (474).

§ 910. 1. Ortloff, A.bürgR. **17** 234 ff., Rechtsschutz betr. Ueberhang, Ueberfall, Grenzbaum im Nachbarrecht legt 234—242 diejenigen Regeln dar, die aus der Natur der Sache bzw. aus dem Nachbarverhältnisse natürlicher Weise hervorgehen, erörtert 242—254 die Sätze des römischen und 254—267 die des deutschen, gemeinen und Landesrechts. S. auch 287 ff., wo er einen kurzen historischen Ueberblick giebt. In der Erörterung des geltenden Rechtes durchgehend Vergleichung mit dem Rechte der Entwürfe. —

2. Ortloff, a. a. O. 269 weist darauf hin, daß, während die §§ 910, 923 Abs. 2 von „Bäumen" überhaupt sprechen, Art. 122 EG. nur den Vorbehalt auf „Obstbäume" beschränkt; es frage sich allerdings, ob nicht dieser Begriff eine Erweiterung verträgt (Nußbäume, Eichen, Buchen und andere Fruchtbäume).

3. Ortloff, Ueberhang 273. Sämmtliche Vorschriften des § 910 stehen unter der möglichen Veränderung der in Art. 122 EG. als unberührt bleibend bezeichneten auf Obstbäume bezüglichen Landesgesetze.

Im Einzelnen 274 ff.: a) Wenn auch der im § 861 des Entw. I ausdrücklich hervorgehobene Hinweis auf die negatorische Eigenthumsklage, mit der der Nachbar die Beseitigung der herüberragenden Wurzeln und Zweige von Bäumen und Sträuchern erzwingen könne, im § 910 weggelassen ist, so ist doch nicht anzunehmen, daß die an die Spitze des § 910 gestellte Befugniß dem beeinträchtigten Nachbarn als einziger Rechtsschutzbehelf verstattet werden sollte; dann hätte dem Worte „kann" eine Begrenzung, wie etwa „nur" beigefügt werden müssen. Angesichts des Vorbehalts in Art. 122, 124 EG. dürfte auch an der Negatorienklage festgehalten werden, wo die Landespraxis sie im Anschluß an das gemeine und partikulare Recht zugelassen hatte, — mindestens in Beziehung auf „Obstbäume". Die Beschränkung des Selbsthülferechts des Abs. 2, daß nicht mehr vom Ueberhang beseitigt werden soll, als zur Abwendung der Beeinträchtigung nothwendig, gilt auch für die klageweise Geltendmachung der Ansprüche des Nachbars. — Doch ist die Selbsthülfe nach BGB. als vorzugsweise anzuwendender Rechtsschutz gedacht. (A. M. jedoch OLG. 2 141 unten Ziff. 4).

b) Wem gehört in dem Falle, wo der Baum- oder Straucheigenthümer das Ueberragende beseitigen will und zu diesem Zwecke auch des Nachbars Grundstück betreten darf, das Holz, wenn es gilt, die Wurzeln auszuheben? Eine Bestimmung fehlt; doch dürfte wohl kaum jemals ein Nachbar, der die Entfernung gestattet, dem Entfernenden die Aneignung des Holzes verweigern (277).

c) Muß die bei Satz 2 bezüglich der Zweige vorgeschriebene angemessene Frist auch hinsichtlich des Abschneidens der Wurzeln gesetzt werden? Ein Grund zu einer derartigen Unterscheidung ist nicht erkennbar (278). — Kretzschmar a. a. O. 413 erklärt dies damit, daß die Beseitigung der Zweige von demjenigen Grundstück aus erfolgen kann, auf welchem sich der Stamm des Baumes befindet, während zur Beseitigung der Wurzeln die Benutzung des Nachbargrundstücks erforderlich ist und dieses leicht zu Streitigkeiten führen kann.

d) a. a. O. 278—280 über bestehen bleibende landesrechtliche Sondervorschrift? Insbes. ALR. I. 9 §§ 287, 288, 289, Sächs. BGB. § 362.

4. Abs. 2. Kretzschmar a. a. O. 414: Es handelt sich hier um eine Einrede des Nachbarn, an deren Begründung strenge Anforderungen gestellt werden müssen. Daß dabei allerdings nicht bloß die gegenwärtige, sondern auch die zukünftige Benutzung des Grundstücks in Betracht zu ziehen sei, wie Biermann 57 annimmt, dürfte sich nicht zugeben lassen. Solange die Benutzung des Grundstücks keine solche ist, daß sie durch die Wurzeln und die Zweige beeinträchtigt wird, kann der Eigenthümer auch nicht die Beseitigung der Wurzeln und Zweige verlangen, daher steht ihm auch nicht die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen, wenn er, nach Aenderung der Benutzungsweise, wiederum klagt. — Ist die erste Klage abgewiesen worden, weil die Zweige und Wurzeln eine zu geringe Ausdehnung hatten, um die Benutzung des Nachbargrundstücks zu beeinträchtigen, und wird, nachdem die Zweige in der Zwischenzeit sich ausgedehnt haben, eine neue Klage angestrengt, so hat jetzt mit Rücksicht auf das Ergebniß des früheren Prozesses der Kläger zur Begründung seiner Klage zu behaupten und zu beweisen, daß er in der Benutzung seines Grundstücks beeinträchtigt ist.

OLG. 2 141 (Naumburg). Neben dem Rechte der Selbsthülfe steht dem Eigenthümer des geschädigten Grundstücks kein negatorischer Anspruch auf Beseitigung der Zweige und Wurzeln zu.

§ 911. Ortloff, Ueberhang a. a. O. 280—283 über die umständliche Regelung im Entwurfe I (§ 862) gegenüber der einfachen Lösung im § 911 (Entw. II § 825). —

a) Der Satz 2 schließt eine Aneignungsbefugniß des Baumeigenthümers nicht aus, wie der vorhergehende Satz; was er von seinen Früchten von öffentlichen Grundstücken aufnehmen will, steht in seinem Belieben; was er aber nicht aufnimmt, kann als herrenlos von dem Finder ergriffen werden (283).

b) Sind den „Obstbäumen" der Artt. 122, 124 EG. auch die in den §§ 910, 911 den Bäumen gleichgestellten Sträucher gleichgestellt? Er bejaht die Frage (283/4).

§ 912. Biermann, Oberneck, Turnau-Förster, Fuchs, Endemann, Dernburg, Planck, Goldmann-Lilienthal, M. Wolff: Der Bau auf fremdem Grund und Boden, Kretzschmar, Ueberbau, SächsA. **12** 417—424.

1. Nach dem Wortlaute des Paragraphen muß der Ueberbauer der Eigenthümer des Grundstücks sein. Streitig ist hier vor Allem, ob und wieweit die Vorschriften der §§ 912 ff. auch auf andere dinglich Berechtigte Anwendung finden sollen. Am engsten an den Text des Paragraphen hält sich Cosack II 156, der nur den Eigenthümer als Ueberbauer im Sinne desselben gelten lassen will und andere grundsätzlich ausschließt. Etwas weiter geht Biermann 110, der wenigstens den Erbbauberechtigten oder einen nach EG. z. BGB. Art. 63 Berechtigten — also Erbpächter, Häusler und Büdner — zulassen, sonstige Besitzer des Grundstücks, z. B. Nießbraucher und Pächter, aber ausschließen will. Für diese Ansicht erklären sich auch Wolff 108 ff., Turnau-Förster I 312 sowie Planck Note 1c zu § 912 und Maenner 124.

Noch weiter als die Vorgenannten aber will Dernburg 236 die analoge Anwendung des § 912 ausdehnen, indem er sie selbst für Pächter und Nießbraucher für anwendbar hält.

Endemann II 291 will im Gegensatze zu Biermann 110 und Wolff 112 den fälschlich im Grundbuch als Eigenthümer eingetragenen Nichteigenthümer in den Kreis der Ueberbauer im Sinne des Paragraphen einbeziehen. Wolff 110 wendet § 912 an, wenn der als Nichteigenthümer Bauende das Grundstück später erwirbt (§ 185 BGB.).

2. Es muß sich um die Errichtung, nicht bloß um Ausbesserung eines Gebäudes bzw. Gebäudetheils handeln (Biermann 110, Wolff 92, Planck Note 1a zu § 912, in Uebereinstimmung mit OLG. 4 65 (Marienw.). Weniger durchgreifend entscheiden sich Turnau-Förster 312, die in Ansehung des Reparaturbaues nach Lage des Einzelfalls die Entscheidung fällen wollen.

Ob unter „Gebäude" auch sonstige „Bauwerke", „bauliche Anlagen" zu verstehen sind, ist streitig. Wolff 87 ff. nimmt es an, während Biermann 110, sowie Turnau-Förster 312 es verneinen. Nach Ansicht der letzteren sind alle übergebauten Nichtgebäude auf Verlangen des Eigenthümers unter Herstellung des früheren Zustandes abzubrechen und zu entfernen (gemäß §§ 903, 905, 985, 1004 BGB.) Nach Kretzschmar a. a. O. 418 ist der Fall ausgeschieden, wo ein Bauwerk, das nicht aus einem Gebäude besteht, wie z. B. eine Mauer oder eine Schleuse, errichtet wird. Bauten dieser Art erscheinen nicht von der Bedeutung, daß sie eine Beschränkung der Eigenthumsrechte des Nachbarn rechtfertigen könnten.

3. § 912 gilt auch, wenn die Errichtung des Bauwerkes nur zu vorübergehenden Zwecken (Biermann 110, Wolff 90), kraft Liegenschaftsrechts erfolgt, wofern dieses Recht erloschen ist (Wolff a. a. O. vgl. o. Ziff. 2 zu § 95 Abs. 1 BGB.). Das Recht aus § 915 steht dann aber dem Nachbar nicht zu (Wolff 90, Biermann 110). Das Gegentheil behauptet K. Hagena: Der Grenzüberbau 34.

4. Ueberschreitung der Grenze liegt auch vor, wenn zwar nicht Fundamente, aber Ausbauten (z. B. vorspringende Erker) in den Luftraum des Nachbargrundstücks überragen. So Biermann 110, Wolff 94, Turnau-Förster 312. Gegentheiliger Ansicht sind Goldmann-Lilienthal 270.

Das Gleiche gilt für Bauwerke unter der Erde, z. B. Kelleranlagen. (Wolff a. a. O., Biermann a. a. O., Turnau-Förster a. a. O.)

Das Maß der Grenzüberschreitung ist im Allgemeinen gleichgültig. Wolff 93f, 104.

Die Ausbauchungen von Mauern (1,17 pr. D. si serv. vind. 8,5), die durch Alter, Baufehler u. Ä. veranlaßt sind, fallen nicht unter § 912. Biermann 110, Turnau-Förster 312, Fischer-Henle Note 2 zu § 912.

Nach der herrschenden Meinung ist anzunehmen, daß der Eigenthümer des Nachbargrundstücks sie dann ohne Entschädigung wird dulden müssen, wenn sie die Benutzung seines Grundstücks nicht beeinträchtigen. Endemann II 281, Wolff 92, Monich, Iherings J. 38 179. A. A. sind Turnau-Förster a. a. O., die Ausbauchungen von Mauern unter § 905 Satz 1 oder unter § 908 BGB. subsumiren wollen.

5. Zum Begriffe des Ueberbaues ist die Ueberschreitung einer örtlichen Grenze erforderlich. Davon kann aber nicht die Rede sein, wo ein aus einer Grunddienstbarkeit entstehendes Verbietungsrecht der Verwendung des dienenden Grundstücks für gewisse Bauten nicht bloß jenseits einer örtlich bestimmten Linie, sondern schlechthin entgegen steht. Turnau-Förster I 312, RG. JW. 01 545, sowie SächsA. 11 474.

Der in der Servitut Verletzte kann Beseitigung verlangen (§§ 1027, 1004 BGB.), nicht bloß Entschädigung durch Geldrente. War die Dienstbarkeit der obigen Art schon vor dem 1. Jan. 1900 begründet, so gilt Art. 184 EG. z. BGB., auch wenn deren Beeinträchtigung schon vor diesem Zeitpunkte klageweise geltend gemacht war. RG. 48 262.

6. Die analoge Anwendung von §§ 912 ff. ist als Ausnahmevorschrift ausgeschlossen (RG. Rhein. Arch. 01 135—144), selbst in dem anscheinend gleichgestalteten Falle, wenn der Eigenthümer eines Grundstücks, von welchem eine Theilfläche mit einer Grunddienstbarkeit belastet ist, über die Grenze der unbelasteten auf die belastete Fläche hinüberbaut. RG. 47 356, JW. 00 891.

A. A. ist das OLG. Hamburg: Dieses will §§ 912 ff. analog anwenden auf den Fall, daß ein Eigenthümer, der nach der ihm obliegenden Verpflichtung mit seinem Baue einen bestimmten Abstand von der Grenze des Nachbars zu wahren hat, den Abstand nicht einhält. HansGerZ. 00 Beibl. 205.

7. Wenn zur Zeit der Grenzüberschreitung beide Grundstücke einen Eigenthümer haben, so sind nach Biermann 110 und Kohler (A.civPr. 87 288) die §§ 912 ff. nicht anwendbar und werden es auch nicht bei späterer Trennung der Grundstücke. Das Gegentheil behauptet Wolff 102 ff.

8. Wer die Begünstigung aus § 912 für sich in Anspruch nimmt, muß beweisen, daß ihm Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nicht zur Last fallen (Prot. III 135, RG. 47 114 und JW. 01 52). Vorsatz liegt vor, wenn der Ueberbauer die Grenze wissentlich und willentlich überschritten hat (Mot. I 280). Daher ist Vorsatz schon dann anzunehmen, wenn der Eigenthümer nicht im Irrthum darüber gewesen ist, daß er die Grenze überschreite, ohne Rücksicht darauf, ob er sich gutgläubig dazu für berechtigt hielt oder nicht. OLG. Braunschw., Seuff. A. 56 223.

Die grobe Fahrlässigkeit ist nach Lage des Einzelfalls nach § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB. zu beurtheilen. Turnau-Förster I 312.

Nach wessen Person das Verschulden zu beurtheilen ist, wenn der Bauende einen Anderen zum Bauen bestellt, richtet sich nach § 166 BGB. Wolff 114 ff. (s. o. zu § 166 Ziff. 1).

9. Die Vergünstigung aus § 912 tritt nicht ein, wenn der Nachbar vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung (d. h. nicht etwa erst nach erlangter Kenntniß) Widerspruch erhoben hat. Es muß aber zur wirksamen Erhebung des Widerspruchs vor der Grenzüberschreitung eine bestimmte Ueberschreitung bereits drohen. Wolff 122.

a) Nicht fest steht die rechtliche Natur des Widerspruchs. Nach Biermann Note 1 zu § 912 ist er eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (ebenso Kretzschmar a. a. O. 419), nach Wolff 117 ebenfalls ein Rechtsgeschäft, und zwar ein Rechtswahrungsgeschäft. Der Widerspruch ist an keine Form gebunden. Turnau-Förster I 313, Biermann 110.

b) Streitig ist, wer den Widerspruch wirksam geltend machen kann. Die herrschende Lehre gesteht das Recht zum mindesten neben dem Eigenthümer auch jedem der mehreren Miteigenthümer (§ 1011 BGB.), sowie dem Erbbauberechtigten und dem Dienstbarkeitsberechtigten zu. Wolff 119, Biermann Note 1 zu § 912, Turnau-Förster I 313.

Biermann a. a. O. will in Uebereinstimmung mit Wolff 118 dem Widerspruche des bloßen Grundstückbesitzers die Wirkung beilegen, daß das Recht auf Beseitigung des Ueberbaues durch die in ihm liegende Besitzstörung (§ 862 BGB.) zu klagen, ihm gewahrt bleibe, während Wolff a. a. O. sogar den Besitzdiener als Widerspruchsberechtigten zuzulassen geneigt ist. Beides bestreiten Enneccerus-Lehmann II 149, sowie Hagena, Grenzüberbau 42.

c) Widerspruchsgegner ist zunächst der Bauherr selbst, nach Biermann 110 eventuell dessen Vertreter. Wird der Bau von Mehreren errichtet, so ist der Widerspruch Allen gegenüber zu erklären. So auch Turnau-Förster I 313 und die dort zitirte Entscheidung des RG.

Nach Wolff 119 sind unter Umständen auch der Baumeister und die Bauarbeiter zur Empfangnahme des Widerspruchs berechtigt. Ebenso Kretzschmar a. a. O. 419.

d) Viel umstritten ist die Frage, ob die Anfechtung der Unterlassung des Widerspruchs wegen Irrthums, Betrugs u. s. w. zulässig sei. Die herrschende Ansicht argumentirt dahin, daß das Schweigen des Nachbarn kein Rechtsgeschäft und mithin die Anfechtung wegen eines Willensmangels 2c. ausgeschlossen sei. Wolff 116 ff., bes. 122, Biermann 110, im Gegensatze zur 1. Aufl. Maenner 123 Anm. 49, Fischer-Henle Anm. 5b zu § 912, Planck 146. Anderer Meinung sind Turnau-Förster I 313, die zwar auch Anfechtung in Folge Irrthums nicht zugeben, da Kenntniß nicht Voraussetzung der Duldungspflicht sei, sie aber doch gegen Betrug, Zwang 2c. zulassen wollen, weil dann Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Bauenden anzunehmen sei (so das Pr. Recht, RG. 38 286). Uebrigens würden Zwang und Betrug Schadensersatzpflicht und daher gemäß § 249 BGB. den Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes begründen.

e) Auch die Wirkung des Widerspruchs ist streitig. Nach Wolff 129 f. und Biermann 110 wirkt der Widerspruch nur zu Gunsten des Widersprechenden. Der Widerspruch eines Berechtigten erhält also nicht das Recht, die Beseitigung des Ueberbaues zu verlangen für alle Berechtigten.

Die Pflicht, den Ueberbau zu dulden, ist nach Wolff 129 ff. ein relatives Recht, das nur dem Schweigenden und seinen Rechtsnachfolgern obliegt; die Duldungspflicht ist „Verschweigungsfolge". Wolff 116.

Nach Wolff 131 ff. ist das Recht auf Duldung des Ueberbaues trotz seiner Relativität ein dingliches Recht an dem überbauten Grundstücke.

Nach Enneccerus-Lehmann II 149 und Hagena 240 hat der erhobene Widerspruch absolute Wirkung für und wider Jeden.

f) Der Nachbar, der behauptet, vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben zu haben, muß es beweisen. Biermann 110, Turnau-Förster I 313.

10. Das BGB. faßt die Duldungspflicht als Eigenthumsbeschränkung auf, d. h. der Eigenthümer muß den Ueberbau dulden, ohne auf Grund von § 1004 BGB. Beseitigung verlangen zu können, während andererseits auch das Akzessionsrecht (§ 946 BGB.) nicht Platz greift. Die Belastung ist ähnlich der durch eine Grunddienstbarkeit (Oberneck 386, Biermann a. a. O.), die kraft Gesetzes entsteht, sobald ihre Voraussetzungen vorliegen. Turnau-Förster 312.

11. An dem Eigenthumsverhältnisse bezüglich des überbauten Grundstücks ändert sich zunächst nichts, solange nicht der Rentenberechtigte von dem Rechte aus § 915 Gebrauch gemacht und das Eigenthum an den Rentenpflichtigen übertragen hat. Turnau-Förster I 312. Das hinüberreichende Gebäude ist von dem Bauenden in Ausübung eines Rechtes an dem Grundstück in seinem Interesse mit dem fremden Grundstücke verbunden. Es trifft also die im § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB. bestimmte Ausnahme von dem Satze superficies solo cedit zu. Oberneck 385 und Mot. III 287.

Das Eigenthum an dem Ueberbau steht dem Ueberbauenden zu (Oberneck a. a. O.), aber nur, wenn dieser das Recht auf Duldung des Ueberbaues hat. Hat er es nicht, so bewendet es bei dem Akzessionsprinzipe (§ 946 BGB.). Wolff 134.

Bestritten ist diese Ansicht von Boethke, Gruchots Beitr. **45** 722, der davon ausgeht, daß es ein Sondereigenthum an vertikalen Gebäudetheilen nicht gebe.

12. Das Urtheil über die Duldungspflicht hat nach Turnau-Förster 313, sowie nach Fuchs 203 nur deklaratorische, nach Endemann 293 Anm. 21 und Cosack — wie sich aus seinen Ausführungen bezüglich des Nothwegrechts entnehmen läßt II 156, V 2 — konstitutive Kraft. Auf Seiten der ersteren stehen auch die Materialien.

13. Die Eintragung einer dem Duldungsverhältniß entsprechenden Belastung im Grundbuch ist nach Oberneck 386 zulässig. Goldmann-Lilienthal halten 271 Anm. 4 die Eintragung der Grunddienstbarkeit des § 912 für zulässig. Damit haben sie ebenfalls zum Ausdrucke bringen wollen, daß das Recht auf Duldung der Eintragung fähig ist.

Die Möglichkeit der Eintragung überhaupt wird bestritten von Wolff 135 f.

14. a) Das Recht auf die Rente entsteht nach Fuchs 204 kraft Gesetzes zugleich mit der Eigenthumsbeschränkung. Die Frage, ob die Pflicht zur Duldung des Ueberbaues und zur Zahlung der Rente sich als Leistung und Gegenleistung gegenüber stehen, ist von Wolff 126 bejaht, von Boethke, Gruchots Beitr. **45** 723 f. verneint worden.

b) Wolff 138 meint im Gegensatze zu Cosack II 155 IV. 2, daß die Rente dann nicht geschuldet werde, wenn der Nachbar den Ueberbau freiwillig duldet. Für die Höhe der Rente ist die Zeit der Grenzübertretung maßgebend. Biermann 110. Sie ist eventuell durch Sachverständigengutachten festzustellen. Fuchs 204, dazu Prot. III. 137, Denkschr. z. BGB. 190.

c) Wird die Ueberschreitung der Grenze erst nachträglich entdeckt, so wird die Rente auch für die Vergangenheit geschuldet. Biermann a. a. O., Turnau-Förster 296, Wolff 144, Goldmann-Lilienthal 274 Anm. 2, entgegen den Motiven III. 287.

d) Ein konkurrirendes Verschulden des Rentenberechtigten schließt nach Wolff 141 den Rentenanspruch nicht aus, da, wie er ausführt, § 912 eine Sondervorschrift darstelle, die nicht von den Umständen, sondern von gewissen Voraussetzungen abhängig sei. Das Gegentheil behauptet Endemann II. 291 Anm. 6, der § 254 BGB. zur Anwendung bringen will.

e) Trotz des Wortlauts ist nach Wolff 91 f., 107, 112, 144, 191 in gewissen Fällen ein anderer Zeitpunkt als der der Grenzüberschreitung entscheidend.

15. Pfirstinger, Kommunmauern — s. u. Ziff. 8 zu § 921 — beantwortet die Frage, ob der Nachbar eines Kommunmauer-Herstellers, wenn nicht ein förmlicher Servitutsvertrag abgeschlossen, sondern nur seine nackte Zustimmung zur Kommun-Bauführung erholt wurde, vom Hersteller für die Zeit zwischen der Herstellung der Mauer und der Benutzung derselben durch den später anbauenden Nachbar die Rente des § 912 verlangen kann, verneinend (a. a. O. 100 ff.), weil sich § 912 überhaupt nur auf Fälle bezieht, in denen Jemand in entschuldbarem Irrthum hinsichtlich der Grenzen seines Areals ein Gebäude erbaut hat, das in allen Theilen zum alleinigen Besitz und zur alleinigen Benutzung des Herstellers bestimmt ist; nur in solchen Fällen greifen §§ 93, 94 Platz und bewirken auch bezüglich der auf fremdem Areale befindlichen Gebäudetheile Eigenthum des Gebäude-Eigenthümers, während eine mit beiderseitiger Zustimmung hergestellte Kommunmauer kein Bestandtheil des Gebäudes des zuerst Bauenden ist (100).

Außerdem ist die im § 912 erwähnte Rente bestimmt als gesetzliches Aequivalent für die im § 912 dem Nachbar beim Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen auferlegte Duldung; der zustimmende Nachbar aber ist nicht in der Lage eines Dulders (101).

16. Nach Wolff 98 ist endlich, wenn die Landesgesetzgebung keine Vorschriften darüber enthält, daß Gebäude nur in bestimmter Entfernung von der Grenze des Nachbargrundstücks errichtet werden dürfen, §§ 912 ff. ebenfalls anzuwenden. Der gegentheiligen Ansicht ist Biermann 111, der fordert, daß dann der Bau zurückzurücken sei. Ebenso OLG. Celle, R. **00** 284.

Ist das Nachbargrundstück eine öffentliche Straße, so ist das öffentliche Landesrecht maßgebend. Wolff 101, Biermann 111 Anm. 4.

17. Uebergangsvorschrift. Als Eigenthumsbeschränkung besteht die Duldungspflicht gemäß EG. z. BGB. Art. 181 Abs. 1 auch für alle diejenigen Eigenthümer, deren Grundstücke bei Inkrafttreten des BGB. überbaut sind, selbst wenn die Klage schon vorher angestrengt war. Turnau-Förster I 314, **RG. 47** 143, JW. **00** 562. Der Eigenthümer muß jetzt den Ueberbau dulden. OLG. **1** 233 (KG.).

Ebenso auch Kretzschmar, SächsA. **12** 424, weil es sich um den durch den Ueberbau geschaffenen Zustand handelt und die Frage, ob dieser vom Nachbar zu dulden, gemäß Art. 181 Abs. 1 fortan nach neuem Rechte zu beurtheilen ist. A. M. Dernburg III 238 und Fuchs, Gruchots Beitr. **44** 21.

Hätte der Ueberbauer an dem überbauten Grundstückstheile nach früherem Rechte das Eigenthum erworben (z. B. ALR. I. 9 § 341), so geht er dessen nach BGB. nicht wieder verlustig. Biermann 111, Dernburg III. 238 § 83 Z. 4, Wolff 188, Habicht 397, Turnau Förster 314, **RG. 46** 143, **47** 114, R. **00** 515 und RheinA. **97** II. 142.

Für die Höhe der Rente u. s. w. ist der 1. 1. 1900 maßgebend, denn in diesem Zeitpunkt ist der Rentenanspruch entstanden. Wolff 191.

Ist der Ueberbau schon vor dem 1. Januar 1900 errichtet worden, so gelten doch §§ 912 ff. Biermann 111, Habicht 397, Wolff 192. Das Gegentheil behauptet Maenner §§ 22, 123 Anm. 63.

§ 913. 1. Aus dem Wortlaute des Paragraphen folgt, daß die Rente als Bestandtheil des berechtigten Grundstücks gilt und dessen rechtliche Schicksale theilt (BGB. § 96) Turnau-Förster 314. Nach Oberneck 383 ist sie unwesentlicher, nach Fuchs 204 II a wesentlicher Bestandtheil des berechtigten Grundstücks.

2. Entschädigungsberechtigt ist nach den „Motiven" der Eigenthümer, sowie der, welcher duldet, während er nach dem Inhalte seines dinglichen Rechtes dem Eigenthümer des Gebäudes die Fläche entziehen könnte. Der Schadensersatz ist dann für jeden Duldungspflichtigen dieser Art nach Maßgabe der ihm widerfahrenen Beeinträchtigung festzusetzen. Mot. III 286, Turnau-Förster 314.

3. Das Recht, die Höhe der Rente durch Urtheil festgesetzt zu sehen, hat jeder dinglich Berechtigte an dem belasteten, wie an dem berechtigten Grundstücke. Prot. III 136. Turnau-Förster a. a. O.

4. Das Urtheil, das zum Nachtheil eines der Berechtigten erlassen ist, wirkt nicht wider die Anderen. Ein Vertrag über die Höhe der Rente wirkt nicht gegenüber denjenigen Berechtigten, die nicht zugezogen sind. Turnau-Förster 314, Biermann 112a.

5. Das erste Rentenjahr beginnt mit dem Tage der Grenzüberschreitung Biermann 111, Turnau-Förster 315 Nr. 3.

Die Rente ist auch von dem gutgläubigen Erwerber des mit der Rente belasteten Grundstücks zu zahlen. Biermann a. a. O.

§ 914. 1. Das Recht auf die Rente darf, ebenso wie die Eigenthumsbeschränkung durch den Ueberbau, nicht in das Grundbuch eingetragen werden, selbst wenn die Bewilligung des Eigenthümers formgerecht erklärt ist. Oberneck 383. Es wirkt also auch gegen den gutgläubigen Dritten ohne Eintragung. Die Höhe der Rente muß natürlich angemessen sein. Ob ein für den Verzicht zugesichertes Recht eingetragen werden kann, ist streitig. Fischer-Henle 458 Anm. 3 zu § 914 wollen es annehmen; dagegen zum mindesten zweifelhaft: KGJ. 20 A 97, SächsA. 11 102. Haben sich die Parteien über eine bestimmte Höhe der Rente vertraglich geeinigt, so bedarf diese zur dinglichen Wirkung gegen Dritte der Eintragung in das Grundbuch, (Prot. III 126), da sonst das Uebereinkommen nur obligatorische Wirkung hat. Prot. VI 230, ferner Biermann 112, Oberneck a. a. O., Turnau-Förster 316, Fuchs 204c.

Endemann 292 Anm. 14 meint, daß unter „Feststellung" im Satz 2 Abs. 2 des § 914 nicht die erstmalige, der gesetzlichen Form des § 912 Abs. 2 Satz 2 entsprechende Feststellung der Rentenhöhe zu verstehen sei, und daß die erste Feststellung auch ohne Eintragung dingliche Kraft erzeuge. Die Zulässigkeit einer solchen Unterscheidung bestreitet Biermann zu § 914 sub a.

Soll durch Vertrag die Rente unter dem angemessenen Betrage festgestellt werden, so steht die Festsetzung den Realberechtigten des rentenberechtigten Grundstücks nur entgegen, wenn sie ihre Zustimmung gegeben haben; denn ihnen haftet die gesetzliche, d. h. die angemessene Rente. Vgl. §§ 1126, 1127 BGB., Prot. VI 230, Fuchs 205.

2. Die Eintragung der vertragsmäßig festgesetzten Rente im Grundbuche braucht nur auf dem Folium des rentenpflichtigen Grundstücks zu erfolgen, doch ist sie auf Antrag gemäß GBO. § 8 auch auf dem Blatte des berechtigten Grundstücks statthaft, aber zur dinglichen Wirkung weder erforderlich noch ausreichend. Oberneck 384, Enneccerus-Lehmann II 67, Turnau-Förster a. a. O.

3. Das Recht geht auch den älteren Rechten an dem belasteten Grundstücke vor, aber nur in der gesetzlichen Höhe. Soll der diese Höhe übersteigende Be-

trag ebenfalls den älteren Rechten vorgehen, so bedarf es nach § 880 BGB. einer Einigung mit diesen Berechtigten. Biermann a. a. O.

Bei Konkurrenz mehrerer Ueberbaurenten oder einer Nothwegsrente und einer Ueberbaurente gilt nach Biermann a. a. O. und Fuchs 90 der Grundsatz: prior tempore potior jure. Diese Ansicht wird bestritten von Wolff 145, der unter den Renten grundsätzlich gleichen Rang annehmen will.

4. Planck Note 2 zu § 224 bezweifelt, daß ein von den einzelnen Leistungen verschiedener Gesammtanspruch auf die Rente besteht. Vgl. Prot. I 122, III 138. Die herrschende Meinung neigt zu der gegentheiligen Ansicht.

Ob das Gesammtrecht auf die Rente den Vorschriften über die Verjährung unterliegt, ist bestritten. Nach der herrschenden Meinung ist in Uebereinstimmung mit den Mot. III 286 das Recht auf die Rente, trotzdem es im § 924 BGB. nicht genannt ist, der Verjährung entzogen, solange die Duldungspflicht besteht. Turnau-Förster 315 Nr. 4, Biermann a. a. O., Staudinger-Kober Bem. 2 zu § 912, Wolff 162 f., Enneccerus-Lehmann § 48 148. Nach OLG. 5 423 (Dresden) ist die eingetragene Rente der Verjährung entzogen, doch bleibt eine etwa vor Inkrafttreten des BGB. nach Partikularrecht eingetretene Verjährung zu beachten. Ebenso Habicht 148, Turnau-Förster 251.

Gegentheiliger Ansicht sind Goldmann-Lilienthal 274 Anm. 1, welche die 30jährige Verjährungsfrist (BGB. 195) zu Grunde legen, ferner Kohler A.civPr. 87 287 f. sowie Fischer-Henle Anm. 6 zu § 912, die das Rentenrecht den gewöhnlichen Regeln über die Verjährung, insbesondere § 197 BGB. unterstellen wollen. Die herrschende Lehre will nur für die bereits fälligen Rentenansprüche die gewöhnlichen Verjährungsgrundsätze gelten lassen.

5. Das Recht auf die Rente regelt sich zwar im Wesentlichen nach den Vorschriften über die subjektiv-dinglichen Reallasten, jedoch fällt es nicht unter die landesgesetzlichen Vorschriften über die Ablösung und Ummandlung von Reallasten. EG. z. BGB. Artt. 113 ff. Vgl. EG. z. BGB. Art. 116. Biermann 112d, Turnau-Förster 316 Nr. 4, Fuchs 205d.

6. Das Recht auf die Rente bleibt auch bestehen, wenn es bei der Feststellung des geringsten Gebots im Zwangsversteigerungsverfahren nicht berücksichtigt worden ist, (ZwG. § 52 Abs. 2, Turnau-Förster 313 IV, 315 I), doch können die dem Rechte entfließenden jährlichen Renten an Stelle des Rentenrechts nach § 10 Nr. 4 ZwG. nur soweit beansprucht werden, als sie für das bei der Zwangsversteigerung laufende und für die beiden vorhergehenden Jahre zu entrichten sind.

7. Das Recht auf die Rente erlischt mit der Beseitigung des Ueberbaues.

a) Nach Biermann 112g ist der Ueberbau dann beseitigt, wenn der überbaute Grundstückstheil dem Eigenthümer wieder zur Verfügung steht, nach Wolff 157, wenn der Raum, welchen er in Anspruch nahm, von dem Gebäude nicht mehr besetzt ist. Wie Wolff a. a. O. ausführt, kann aber der Ueberbauer ein abgetragenes oder abgebranntes Stockwerk wieder aufsetzen, da er mit dem widerspruchslosen Ueberbau ein Recht erworben habe, auf dem besetzten Grenzstreifen nach Belieben zu bauen (137). Die Rente bleibt aber in jedem Falle die gleiche (157), mag er das Stockwerk erneuern oder nicht. Nach Wolff 158 ff. ist es gleichgültig, wodurch der Ueberbau beseitigt wird. Es genügt nach seiner Meinung auch Beseitigung durch den Duldungspflichtigen.

b) Die Rente erlischt in diesem Falle kraft Gesetzes ohne Löschung und zwar auch, wenn sie im Grundbuch eingetragen war, doch muß nach Wolff 160 der Ueberbauer für die eingetretene Verminderung des überbauten Grundstücks Schadensersatz leisten. Das Grundbuch ist dann unrichtig, und es ist daher der Berichtigungsanspruch aus § 894 BGB. gegeben. Biermann a. a. O., Tur-

nau-Förster 315 Anm. 2 zu § 914, Fuchs 205 Anm. bb, Wolff 160. Nach Fuchs a. a. O. wäre die Eintragung eines Widerspruchs zwecklos, da das materielle Rentenrecht zu Gunsten eines gutgläubigen Erwerbers doch als fortbestehend gelten würde. Denn der Vermerk der Rente will und soll nur den Betrag, nicht den Bestand der Rente gewährleisten.

8. Der Verzicht auf die Rente, die gesetzliche, wie die vertragsmäßig festgesetzte, nach Wolff 154f auch jede Aenderung, bedarf der Eintragung.

Oberneck § 82 (384) ist der Ansicht, daß die Eintragung im Grundbuch auf dem Folium des belasteten Grundstücks zu erfolgen habe (so auch Fischer-Henle 458 Anm. 3 zu § 914 ohne weitere Angabe des Eintragungsorts), und zwar nach dem preußischen Formular in der Abth. II, Spalte: Veränderungen und Löschungen, als Löschungsvermerk.

Derselben Ansicht ist Biermann 112f, nur mit der Abweichung, daß er den Verzicht in der Spalte: Eintragungen vermerkt zu sehen wünscht. Ebenso Turnau-Förster 316 Nr. 5, die aber den Vermerk in dem Verzeichnisse der mit dem Eigenthume verbundenen Rechte aufgenommen wissen wollen.

Der gegentheiligen Meinung ist Fuchs 205 Anm. bb, nach dem der Verzicht auf die Rente auf dem Blatte des rentenberechtigten Grundstücks einzutragen ist, und zwar in Abth. II in der Spalte: Lasten und Beschränkungen.

Nach GBO. § 8 kann auf Antrag der Vermerk auch im Grundbuchblatte des anderen Grundstücks erfolgen, nach Oberneck a. a. O. und Biermann a. a. O. in Abth. I, Unterabth. II, Spalte: Löschungen des berechtigten Grundstücks, nach Fuchs a. a. O., soll er als Last in das Grundbuch des verpflichteten Grundstücks in der II. Abth., Spalte 1—3 eingetragen werden.

Der nicht im Grundbuch eingetragene Verzicht hat nur obligatorische Wirkung.

Nach Wolff 160 wird die Legalservitut aufgehoben durch Begründung einer vertraglichen Grunddienstbarkeit.

9. Es gelten im Uebrigen für die Rente die Vorschriften, die für eine zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines Grundstücks bestehende Reallast gelten. Dies sind die §§ 1105 ff.

Streitig ist, ob diese Paragraphen durchgängig zur Anwendung kommen sollen oder nicht. Fischer-Henle 458 Anm. 4 zu § 914 sind der Meinung, daß die Paragraphen ohne Unterschied anzuwenden seien.

Planck 148, Bem. 3 zu § 914 lehnt nur die Anwendung von § 1108 Abs. 2 ab.

Biermann 112a, Turnau-Förster 316 Nr. 4, Maenner § 22 Anm. 57, Wolff 140, Fuchs 205d wollen § 1109 Abs. 1 und 2, Fuchs auch noch § 1109 Abs. 3 ausschließen. Diese Schriftsteller lehnen auch die Anwendung der §§ 1108 Abs. 2, 1111, 1112 ab, mit Ausnahme von Turnau-Förster, die § 1108 Abs. 2 gelten lassen wollen.

Nach Biermann 113 haftet dann bei einer Theilung des Baugrundstücks nur derjenige Eigenthümer für die Rente, auf dessen Theil sich das Gebäude befindet, und bei einer Theilung des durch den Ueberbau belasteten Grundstücks hat nur derjenige Eigenthümer Anspruch auf die Renten, auf dessen Theil hinübergebaut ist.

§ 915. 1. Das Grundabnahmerecht steht den Rentenberechtigten zu; dem Miteigenthümer des berechtigten Grundstücks nur nach § 1011. Wolff 166.

Bei dinglichem Verzicht auf die Rente hat er das Recht nicht, wohl aber bei bloß obligatorischem, da dann das materielle Rentenrecht bestehen bleibt. Wolff 165.

2. Für den Gebäudeeigenthümer besteht nach Biermann Anm. zu § 915

ein Kontrahirungszwang, nach anderer Ansicht wird das Recht geltend gemacht durch „Abkaufsverlangen". Staudinger-Kober zu § 915, Enneccerus-Lehmann II 67, Kohler, A.civPr. 87 287, Kniep, Der Besitz des BGB. (452).

Beide Meinungen bestreitet Wolff 169: die Geltendmachung des Rechtes erfolge durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, deren Inhalt das Verlangen des Wertherſatzes bilde. Ebenso Turnau-Förster 317.

3. Gegner der Willenserklärung ist der Rentenpflichtige. Ist ein solcher zur Zeit nicht vorhanden, so muß ein Grundstücksvertreter nach §§ 58 und 787 CPO. bestellt werden. Wolff 167 f.

4. Der Rentenpflichtige kann den Einwand, zur Beseitigung des Ueberbaues bereit zu sein, der Geltendmachung des Rechtes aus § 915 nicht entgegensetzen, andererseits ist auch ein dinglicher Verzicht auf das Grundabnahmerecht unzulässig. Wolff 168.

5. Der Fordernde muß sich zur Uebereignung erbieten und zwar zur Uebertragung des Alleineigenthums an dem ganzen überbauten Grundstückstheil, aber auch nur an diesem (Wolff 169—171), braucht jedoch eine bestimmte Summe als zu ersetzenden Werth nicht anzugeben. Die nachträgliche Angabe enthält dann das Angebot zum Abschluß eines Vertrags, durch den die Höhe der Summe festgestellt werden soll. Das ist aber kein Kaufvertrag, der gerichtlich oder notariell zu beglaubigen wäre. (172 f.)

6. Die Kaufvorschriften gelten nicht im Verhältnisse zu Dritten (Vorkaufsberechtigten und stempelfordernden Fiskus), Wolff 174, Biermann 113, vielmehr tritt hier an Stelle des in §§ 439, 446, 460 genannten Zeitpunkts des Kaufabschlusses der Zeitpunkt der Grenzüberschreitung. Turnau-Förster 317, Wolff 179, 182, 183, Mot. III 287.

7. Hat der Rentenpflichtige das Rücktrittsrecht nach §§ 325, 326 BGB. ausgeübt, so kann das Abnahmeverlangen nur wiederholt werden, bei Veräußerung des Stamm- oder überbauten Grundstücks. Wolff 180—182.

8. Wandelung ist ausgeschlossen, wenn der Rentenpflichtige trotz des Mangels und nach Kenntniß davon fortfährt, den Grund und Boden wie seinen eigenen zu behandeln. Wolff 183, 184.

Minderungsansprüche sind dem Rentenpflichtigen nicht gegeben; im Streite über den wahren Werth des überbauten Grundstückstheils ist ein solcher über die Höhe des Kaufpreises, nicht über die Zulässigkeit seiner Minderung möglich. Wolff 184—186.

9. Zeitbauten fallen nicht unter diese Bestimmungen. Wolff 91.

10. Das dingliche Rentenrecht besteht bis zur Uebertragung des Eigenthums an dem Grundstückstheile fort, also unter Umständen auch, wenn durch klageweise Durchführung die Eigenthumsübertragung verzögert wird. Es können dann aber nicht noch Zinsen vom Wertherſatze verlangt werden. Turnau-Förster 317.

Hat also der Rentenpflichtige den Werthersatz vor der Uebereignung geleistet und wird dann das überbaute Grundstück an einen Anderen aufgelassen, so kann er sich diesem gegenüber nicht auf die Kapitalszahlung berufen, muß vielmehr die Rente weiter zahlen. Biermann 113, Goldmann-Lilienthal 274 Anm. 5, Wolff 186, Neumann Note 3 zu § 915.

11. Wird der übereignete Grundstückstheil dem Grundstücke des Ueberbauers nicht zugeschrieben, so wird er selbständiges Grundstück. Wolff 187.

12. Eine Anrechnung der gezahlten Renten auf den Werthersatze findet nicht statt. Biermann a. a. O.

§ 916. 1. Der Erbbau- oder Dienstbarkeitsberechtigte hat einen Anspruch auf die Rente gegen den jeweiligen Eigenthümer des überbauenden Grundstücks, nach Turnau-Förster 317 Nr. 1 unter den Voraussetzungen des § 912, d. h.

falls nicht sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben ist. Nach **Biermann** 113 geht das Recht auf den Widerspruch erst mit der Beeinträchtigung verloren. Ebenso **Wolff** 106.

2. Die Rente ist für jeden Berechtigten selbständig zu bestimmen und hat ihre eigenen Schicksale. **Biermann** 114, Prot. III 138.

3. Besteht das Erbbaurecht oder die Grunddienstbarkeit an dem überbauten und dem überbauenden Grundstücke zu Gunsten eines Berechtigten, so hat dieser auch ohne Widerspruch das Recht auf Beseitigung. **Wolff** 107.

4. Erfolgt der Widerspruch nur von Seiten eines Widerspruchsberechtigten, so wird nach **Enneccerus-Lehmann** der Beseitigungsanspruch auch für die Anderen gewahrt. Dawider **Wolff** 129 bis 131, **Biermann** 110.

5. Für die Höhe der Rente und den Lauf des Rentenjahrs ist hier nicht die Zeit der Grenzüberschreitung, sondern die der Beeinträchtigung maßgebend. **Wolff** 106, 143.

6. Der Anspruch auf die Rente erlischt mit Wegfall des Erbbaurechts oder der Dienstbarkeit, ferner mit der Beseitigung des Ueberbaues ebenso wie die Duldungspflicht. **Turnau-Förster** 317, **Wolff** 158. Der Paragraph ist nicht analog anwendbar, wenn durch den Ueberbau eine Grunddienstbarkeit an dem eigenen Grundstücke des Bauenden beeinträchtigt wird. **RG. 47** 356, **48** 262. Auf dem entgegengesetzten Standpunkte steht das OLG. Hamburg, Seuff. A. **57** 13 ff.

Ebensowenig darf der § 916 angewendet werden, wenn ein Mitberechtigter an einer der gemeinsamen Benutzung unterliegenden Scheidemauer (vgl. BGB. § 322, preuß. AG. z. BGB. Art. 23) eine Aenderung trifft, zu der er nicht berechtigt ist und diese die Mitberechtigten beeinträchtigt hat. **RG.** RheinA. **97** II 142.

§ 917. 1. Dem Fehlen der ordnungsmäßigen Verbindung steht es gleich, wenn letztere nur durch unverhältnißmäßige Kosten herzustellen ist, aber nicht schon dann, wenn die Benutzung eines anderen bereits vorhandenen Weges mit einem geringen Mehraufwand an Bewirthschaftungskosten, z. B. Brückenbau verbunden ist. OLG Dresden, R. **01** 121, **Dernburg** 238.

Die Verbindung fehlt nicht, wenn der Eigenthümer des eingeschlossenen Grundstücks ein diesem benachbartes erworben hat, über das er auf einem öffentlichen Wege gelangen kann, mag auch das eingeschlossene Grundstück seine wirthschaftliche Selbständigkeit und seine Grenze gegen das Nachbargrundstück behalten. OLG. **2** 506 (Karlsruhe).

Nach **Dernburg** 238 ersetzt die Verbindung des Grundstücks mit einem schiffbaren Flusse den Nothweg nicht, ebensowenig die Möglichkeit, daß das Grundstück auch ohne den Nothweg bei völlig veränderter Kulturart benutzt werden könnte.

2. Die ordnungsmäßige Benutzung braucht nicht die bisherige zu sein (**Planck** 150, Anm. zu § 917), doch kann der Eigenthümer nur das Nothwendige verlangen. **Biermann** 114, **Goldmann-Lilienthal** 275 b*a*. Daher ist die Frage der größeren oder geringeren Bequemlichkeit gleichgültig. LG. Metz, R. **01** 311.

3. Die Eigenthumsbeschränkung entsteht kraft Gesetzes, wenn ihre Voraussetzungen vorliegen. Sie entsteht nicht etwa erst dadurch, daß der Nachbar dem Verlangen des den Nothweg Beanspruchenden nachgiebt. **Biermann** 115 Nr. 2, **Planck** 150 Anm. 2 a*a* zu § 917. Ihre Eintragung in das Grundbuch ist an sich zulässig. **Oberneck** 386 Nr. 3. Das Gegentheil behauptet **Cosack** II 156, V. 2 Satz 1.

Nach Biermann a. a. O. kann die Eigenthumsbeschränkung auch im Wege der Einrede gegen die Negatorienklage (§ 1004 BGB.) geltend gemacht werden.

4. Nach der herrschenden Ansicht hat das Urtheil, durch welches der Nachbar zur Duldung des Nothwegs angehalten wird, nur deklaratorische Wirkung und soll nur die Richtung des Nothwegs und der Umfang des Benutzungsrechts eventuell durch Urtheil festgesetzt werden, während an sich auch letzteres schon aus § 917 Satz 1 folgt. Planck 151 Anm. 2aα u. β, zu § 917, Turnau-Förster 319, Maenner §§ 22, 127, Endemann 293 § 74 Anm. 21, Biermann 115 Nr. 2, Matthiaß 51 § 14, Goldmann-Lilienthal 277, Mot. III 292.

Gegentheiliger Meinung ist Cosack II 156, V 2, der besonders, gestützt auf § 917 Satz 1 dafür eintritt, daß das Urtheil konstitutive Kraft habe.

5. Aktiv legitimirt zur Erhebung der Klage ist zunächst der Eigenthümer. Nach Biermann 115 Nr. 2 kann mit Hinweis auf § 1011 BGB. auch jeder der mehreren Miteigenthümer selbständig die Klage erheben, ja selbst ein Erbbauberechtigter, (ebenso Goldmann-Lilienthal 276 β) sowie ein nach EG. z. BGB. Art. 63 Berechtigter — also Erbpächter, Häusler und Büdner. Ebenso Fischer-Henle 459 Anm 3 zu § 917.

Die Ansicht wird bestritten von Turnau-Förster I 319, die nur den Eigenthümer zulassen wollen, da die Einräumung des Nothwegs von einer Gegenleistung abhängig sei. Mit ihnen stimmt überein RG., Gruchots Beitr. **30** 443.

6. Passiv legitimirt ist der Eigenthümer des Nachbargrundstücks bzw. die sämmtlichen Miteigenthümer gemeinsam, (Turnau-Förster I 319, Biermann 115 Nr. 2), doch braucht der Nachbar nicht der unmittelbare zu sein und ist Klagenkumulirung zulässig. Fischer-Henle 459 Anm. 4 zu § 917. Dagegen ist nicht möglich die Klage gegen den bloßen Besitzer — Nießbraucher, Pächter u. dgl. OLG. Braunschweig, Seuff.A. **56** 267. A. A. Mot. III 291, Prot. III 156.

A. M. sind Goldmann-Lilienthal 276 β, die die Klage auch gegen den Erbbau- und auch gegen den Dienstbarkeitsberechtigten zulassen wollen.

7. Findet das Gericht, daß der Nothweg gemäß § 917 Abs. 1 über ein Grundstück gelegt werden muß, dessen Eigenthümer nicht mitverklagt ist, so kann es, da das Urtheil gegen diesen nicht wirkt, nicht erschöpfend und endgültig entscheiden. Planck 151 Anm. 2a zu § 915, abweichend Dernburg 239 § 83 Anm. 11.

8. Die Frage, ob der Weg, mit welchem die Verbindung verlangt wird, ein öffentlicher ist, entscheidet sich nach Landesrecht. Sie gehört dem öffentlichen Rechte an, ist aber in Preußen vor den ordentlichen Gerichten zu entscheiden gemäß GVG. § 13. Turnau-Förster 318, Ob.Trib. **46** 298, RG. **14** 262, JW. **00** 451.

Ueber die Voraussetzungen der Oeffentlichkeit eines Weges: Gruchots Beitr. **40** 1170, **42** 720, **43** 1101, JW. **01** 170, 585.

9. Dem Beklagten ist der Einwand, daß ein anderer Nachbar weniger belastet würde, nicht gegeben. Dernburg 240 § 84 Ziff. 3.

10. Ein possessorischer Schutz für den Nothweg ist nach der herrschenden Ansicht nicht gegeben. Biermann 115 Nr. 2, Maenner 128, Planck 151 Bem. 2a, ε zu § 917. Abweichend Staudinger-Kober 68 Bem. 4, Neumann 609 Bem. 3 zu § 917. Letzterer verweist in Uebereinstimmung mit den Prot. 2. Lesung auf den Besitzschutz aus § 1029 BGB.

11. Die §§ 917 und 918 kommen auch dann zur Anwendung, wenn ihre

Voraussetzungen bereits vor dem 1. 1. 1900 eingetreten sind. Planck 150 Vorbem. 3 vor § 917, Dernburg 241 § 84 Ziff. 7.

12. Im Uebrigen gilt das zu den §§ 912 Abs. 2 Satz 2, 913, 914, 916 Gesagte. Eine Kapitalsabfindung findet aber nicht statt. Biermann 115 Nr. 4.

§ 918. 1. Die willkürliche Handlung muß nach Biermann 116 Nr. 1 auch ein späterer Eigenthümer gegen sich gelten lassen, auch wenn er nicht Rechtsnachfolger ist. So auch Dernburg 239 § 84 Anm. 9.

2. Der Beweis, daß die Verbindung mit dem öffentlichen Wege durch eine willkürliche Handlung des Eigenthümers beseitigt worden sei, liegt dem Nachbar ob. Planck 153 Anm. 1 zu § 918, Goldmann-Lilienthal 276 Anm. 2.

Ein anderes Verschulden des Eigenthümers steht dem Rechte auf Duldung nicht entgegen. Fischer-Henle 459 Anm. 1 zu § 918. Ebenso Goldmann-Lilienthal 275 ba.

3. Der Unterschied zwischen § 917 und § 918 Abs. 2 liegt darin, daß nach § 918 Abs. 2 die Pflicht zur Duldung des Nothwegs auf bestimmte Nachbarn bestimmt ist. Biermann 116 Nr. 2, Turnau-Förster 321.

4. Diese Verpflichtung kann nach Biermann a. a. O. auch von anderen nach § 917 in Anspruch Genommenen geltend gemacht werden, auch dann, wenn der Nothwegberechtigte Eigenthümer auf die Duldungspflicht des nach Abs. 2 allein belasteten Nachbars verzichtet haben sollte.

5. Nach Dernburg 238 ist § 918 Abs. 1 entsprechend anwendbar, wenn der Eigenthümer sich willkürlich durch Veränderungen in der Hauptbestimmung, z. B. durch Einrichtung eines Miethhauses auf einem früheren Kornfeld, in die Nothlage versetzt.

§ 919. 1. Der Anspruch ist privatrechtlicher und zwar dinglicher Natur Planck 154 Anm. 2 zu § 919.

Die Klage entspricht prozessual einer Leistungsklage. Hoeniger, Grenzstreitigkeiten 50.

2. Voraussetzung sind nicht streitige Grenzen (Biermann 116) sondern das Vorhandensein von Nachbargrundstücken, deren Grenzen gewiß und unbestritten, indeß durch feste erkennbare Grenzzeichen an Ort und Stelle nicht abgemarkt sind. Hoeniger 52, Planck 154 Anm. 4 zu § 919.

3. Streitig ist die Frage der Aktiv- und Passiv-Legitimation zur Geltendmachung der Abmarkungsklage.

a) Bezüglich der Aktivlegitimation behaupten Maenner 130, Goldmann-Lilienthal 278 und Fischer-Henle 460 Anm. 1 zu § 919, daß nur jeder Eigenthümer sie besitze. Ebenso Kretzschmar CBlFrG. 3 444. Nach Biermann 116 Nr. 1 ist aktiv legitimirt der Eigenthümer, event. jeder der mehreren Miteigenthümer nach § 1011 BGB., sowie der Erbbauberechtigte und die aus EG. z. BGB. Art. 63 und 68 Berechtigten — also Erbpächter, Häusler und Büdner und Bergwerksberechtigte. Ebenso Planck 154 Anm. 3 zu § 919 und Turnau-Förster 321 Anm. 1 zu § 919.

Weiter geht Hoeniger 55f., der die Lehensinhaber, Fideikommißbesitzer, die Konkursverwalter, Zwangsverwalter, Testamensvollstrecker, die vertretungsberechtigten Handelsgesellschaften, sowie den Prokuristen zulassen, andere dinglich Berechtigte aber — Nießbraucher, Pfandgläubiger, Dienstbarkeitsberechtigte u. s. w. — in Uebereinstimmung mit Biermann, Planck und Turnau-Förster ausschließen will.

Nach Dernburg 249 ist jeder dinglich Berechtigte zur Anstellung der Klage befugt.

b) Bezüglich der Passivlegitimation gilt das unter a Gesagte entsprechend,

mit der Einschränkung, daß die mehreren Miteigenthümer nur in ihrer Gesammtheit passiv legitimirt sind. Biermann 116 Nr. 1, Hoeniger 55 ff.

4. Der Anspruch ist zwar dinglich, aber nicht doppelseitig, das Verfahren daher nicht judicium duplex. Biermann 116, Maenner 129.

5. Streitig ist, ob die Rechtskraft des Urtheils auch gegen Dritte, die zur Zeit der Rechtshängigkeit an dem Grundstücke dinglich berechtigt oder Besitzmittler waren, Wirkung habe. Nach Hoeniger 76 besteht diese Wirksamkeit des rechtskräftigen Urtheils gemäß §§ 325 ff. CPO. Der gegentheiligen Ansicht ist Biermann 117, dem jede rechtliche Grundlage hierfür zu fehlen scheint.

6. Die Vollstreckung erfolgt gemäß § 887 — nicht § 888 — CPO. Hoeniger 70 f, Biermann 117.

7. Feste Grenzzeichen sind solche, welche für spätere Zeiten zugleich den Beweis in sich tragen, daß inzwischen ihre Lage nicht verändert ist. Mot. III 286, Biermann 117.

8. Die Ortsüblichkeit, die beim Fehlen landesrechtlicher Vorschriften entscheiden soll, ist nicht identisch mit Gewohnheitsrecht. Hoeniger 79 ff., Biermann 117.

9. Nach Joseph, BuschsZ. 29 165, 178, 180, 184 ist die Beurkundung von Abmarkungen nicht Beurkundung eines Rechtsgeschäfts, erfolgt also nicht nach den Vorschriften FrGG., sondern nach Landesrecht. Das Gegentheil behauptet Planck Anm. 5 Abs. 3 zu § 919. Nach letzterem sind in Preußen (FrGG. Art. 31 Abs. 1) die Amtsgerichte und Notare zuständig, deren Abmarkungsurkunden nach Joseph a. a. O. auch rechtsgültig sind, wenn die Parteien sie nicht unterschrieben haben.

10. Das Verfahren der Abmarkung ist im Verhältnisse der Nachbarn zu einander nicht zwingender Natur, doch hat die Festsetzung eines anderen Verfahrens nur obligatorische Wirkung. Goldmann-Lilienthal 278 Anm. 5 zu § 919.

11. Die Kosten der Abmarkung, nicht auch die des Prozesses, sind von den Betheiligten gemeinschaftlich zu tragen, soweit nicht Vertrag oder unerlaubte Handlung etwas Anderes bestimmen. Planck 155 Anm. 8 zu § 919, Staudinger-Kober 69 Anm. 3, Biermann 117, Hoeniger 70 ff., Turnau-Förster I 322 Anm. 5 zu § 919.

12. Der Anspruch auf Erstattung verauslagter Abmarkungskosten unterliegt der Verjährung. Planck 155 Anm. 8 zu § 919, Biermann 117, Hoeniger 70 ff., Turnau-Förster I 322 Anm. 5 zu § 919.

13. Zweifelhaft ist die Wirkung eines Verzichts auf die Abmarkung.

Nach der herrschenden Ansicht ist ein Verzicht auf die Abmarkung mit dinglicher Wirkung unzulässig, da er das Grundstück des Verzichtenden dinglich belasten würde und das nur zulässig ist, wo das Gesetz es ausdrücklich gestattet. Prot. III 126 bis 128, Planck 154 Anm. 7 zu § 919, Turnau-Förster I 321 Anm. 1 zu § 919, Goldmann-Lilienthal 278 Anm. 6 zu § 919, Fischer-Henle 460 Anm. 5 zu § 919.

Dagegen haben die Citirten — vielleicht auch Biermann 117 Anm. 13 zu § 919 — keine Bedenken gegen einen obligatorischen Verzicht des Berechtigten, besonders auf Zeit, doch ist auch dieser nach Turnau-Förster a. a. O. unwirksam gegenüber nach Landesrecht bestehenden öffentlich-rechtlichen Pflichten zur Abmarkung.

Auch die Möglichkeit des bloß obligatorischen Verzichts bestreitet Hoeniger 68, der ihn als gegen die guten Sitten verstoßend für nichtig erklärt.

Biermann 117 Anm. 3 zu § 919 nimmt zu der Frage keine entscheidende Stellung, behauptet aber, daß, wenn ein Verzicht möglich sei, dieser jedenfalls nur unter den Parteien wirken könne.

§ 920. 1. Voraussetzung für die Anwendung des § 920 ist: Grenzstreitigkeiten und Prozeß. Biermann 117 Anm. 1 zu § 920, Goldmann-Lilienthal 278 4a β, Fischer-Henle 461 Anm. 1 zu § 920.

A. M. ist das LG. Meseritz (PosMschr. 01 60), das in einem Urtheilstenor behauptet, daß es sich, wenn der Lauf der Grenze zwischen 2 Grundstücken streitig sei, um einen Streit um das Eigenthum an einer bestimmten Grundstücksfläche handele, der grundsätzlich im Wege der Vindikation oder der Negatorienklage geltend zu machen sei.

Danach muß also ein bestimmter Grenzzug zur Klage aus § 920 angegeben werden.

2. Die Theilung des fraglichen Stückes erfolgt nach Fischer-Henle 460 Anm. 5 zu § 920 ohne Rücksicht auf die Bonität, doch soll sie sowohl wie die Feststellung der Grenze nach dem Besitzstande nur dann eintreten, wenn nicht Merkmale für die anderweite Feststellung vorhanden sind. OLG. Dresden, R. 01 355.

3. Streitig ist, wer die Aktivlegitimation zur Erhebung der Klage besitzt.

Nach einer Ansicht ist der Eigenthümer und event. jeder der mehreren Miteigenthümer zur Erhebung der Klage aus § 920 BGB. berechtigt, und haben dann die Realberechtigten nur die Feststellungsklage gegen jeden Dritten. Rönneberg 90, Biermann 119 Anm. 5 Abs. 1 zu § 920 — abweichend von der 1. Auflage —, Matthiaß 98 § 35.

Hoeniger 95 ff. will noch den Konkursverwalter und den Testamentsvollstrecker zulassen.

Auf der anderen Seite wird behauptet, daß der Klaganspruch aus § 920 BGB. auch jedem Realberechtigten zustehe. So Planck 156 Anm. 3 zu § 920, Turnau-Förster I 323 Anm. 2, Maenner 130, Staudinger-Kober 70 Anm. 2, Dernburg 250.

Einen vermittelnden Standpunkt nehmen Goldmann-Lilienthal 279 4a β Anm. 5 ein, welche dahin argumentiren, daß es sich nach BGB. nicht wie im preußischen Rechte darum handele, ob die Realberechtigten zur Anstellung der Grenzscheidungsklage, die das BGB. nicht kenne, berechtigt seien, vielmehr mache der Realberechtigte die räumliche Ausdehnung seines Rechtes mit der Klage aus diesem Rechte geltend (§§ 1017, 1027, 1065, 1090 Abs. 2 BGB.) und finde dann im Falle der Grenzverwirrung § 920 BGB. Anwendung.

4. Bezüglich der Passivlegitimation gilt dasselbe, wie unter 3 zur Frage der Aktivlegitimation Gesagte entsprechend, mit dem Unterschiede, daß Dernburg 250 nur den Eigenthümer für passiv legitimirt hält.

5. Zweifelhaft ist die rechtliche Natur des Urtheils.

Nach der einen Ansicht ist das Urtheil stets deklaratorisch. Planck 157 Anm. 4b zu § 920, Turnau-Förster I 323 Anm. 2, Maenner 129 Anm. 82, Endemann 276 § 71 Anm. 14, Neumann 611 Anm. 1 zu § 920.

Eine andere Ansicht schließt sich an die Protokolle III 129 an, die den Anspruch aus § 920 BGB. ausdrücklich als selbständigen Anspruch und nicht bloß als Ausfluß der rei vindicatio bezeichnen; jene Rechtsnorm sei nur zu dem Zweck aufgestellt, um die Durchführung des Anspruchs auf Abmarkung zu sichern. Daher behaupten die Vertreter dieser Meinung, daß das Urtheil nur dann deklaratorisch sei, wenn es die Grenze als richtig ermittelt feststelle, sonst aber konstitutiv. Biermann 118 Anm. 1 zu § 920, Cosack 160 f. § 211 XII, Kuhlenbeck 660, Hoeniger 89 ff. Nach Fischer-Henle 461 Anm. 8 zu § 920 ist das Urtheil stets konstitutiv.

6. Nach Biermann 118 Anm. 1 zu § 920 ist der Prozeß kein judicium duplex. Ebenso Maenner 129 § 22, Planck 156 Anm. 4a, Goldmann-Lilienthal 279 4a β Anm. 5.

Anderer Ansicht ist Dernburg 249 § 87 I, der die Klage aus § 920 BGB. analog der gemeinrechtlichen actio finium regundorum konstruirt.

7. Maßgebend ist zwar der gegenwärtige Besitzstand, doch geht entzogener früherer Besitz dem gegenwärtigen fehlerhaften Besitz vor. Der Gegner des augenblicklichen Besitzers braucht also nicht erst die Besitzentziehungsklage (§§ 861 ff. BGB.) gegen jenen anzustrengen. Mot. III 272, Planck 155 Anm. 2a zu § 920, Dernburg 250 § 87 Anm. 6, Cosack 161, § 211 XII, Turnau-Förster I 323 Anm. 1 zu § 920.

8. Eine Aenderung des Grenzzugs, weil der bisherige unzweckmäßig war, ist nach Biermann 118 Anm. 2 Abs. 2 dem Richter nicht erlaubt. Anders Staudinger-Kober 70 f. Anm. 4 zu § 920.

9. Nach Biermann 118 Anm. 4 geht die Klage nicht auf Herausgabe von Nutzungen oder auf Schadenersatz, denn sie ist keine Eigenthumsklage. Sie kann aber mit ihr verbunden werden. So auch Hoeniger 64 ff., Planck 157 Anm. 4a Abs. 2, Fischer-Henle 460 Anm. 3 zu § 920.

Goldmann-Lilienthal 278 4a β nennen die Klage aber Eigenthumsklage, ähnlich wie E. I.

10. Nach der herrschenden Ansicht wirkt das Urtheil — allerdings vorbehaltlich des Nachweises der Kollusion — auch für und wider die sonst an den Grundstücken Berechtigten. Cosack 161 § 211 XII, Biermann 119 Anm. 5 Abs. 2, Hoeniger 102 ff., Turnau-Förster I 223 Anm. 2. Anders Dernburg III § 86 Anm. 9.

11. Einer erneuten Geltendmachung des Grenzscheidungsanspruchs im Wege der Eigenthumsklage steht das Urtheil insoweit entgegen, als es das Eigenthum am Grenzstreifen positiv oder negativ feststellt. Hoeniger 102 ff.

12. Die Vollstreckung erfolgt durch Berichtigung des Katasters und des Grundbuchs durch Ab- bzw. Zuschreibung von Grundstücksflächen ohne Zustimmung der Realberechtigten. Bei der Abschreibung von Grundstücksflächen werden die darauf ruhenden Lasten nicht mit übertragen. Biermann 119, Anm. 5 Abs. 2, Hoeniger 107 f.

Nach Fischer-Henle 461 Anm. 8 zu § 920 besteht überhaupt keine Vollstreckungsmöglichkeit für das Urtheil, vielmehr event. nur Anspruch aus § 919 BGB.

§ 921. 1. Durch die Vorschrift des § 921 wird das Eigenthum an jedem der beiden Grundstücke zu Gunsten des Eigenthümers des Anderen beschränkt und Jedem eine gesetzliche Grunddienstbarkeit aufgelegt (Th. Wolff, R. **00** 447, Biermann 119 Anm. 1 zu § 921, Turnau-Förster I 324 Anm. 1, Mot. III 277), die nach Wolff 448 wesentlicher Bestandtheil des Grundstücks ist.

Goldmann-Lilienthal 281 4b β und Neumann, Handausg. 612 Anm. 1 zu §§ 921, 922 behaupten, daß nicht zwei subjektiv dingliche grunddienstbarkeitsartige Rechte, sondern nur ein beiden Eigenthümern gemeinschaftlich zustehendes Benutzungsrecht vorhanden ist.

2. Inhalt und Umfang bestimmen sich nach der Beschaffenheit der Einrichtung. Planck 158 Anm. 1a zu § 922.

3. Nach Biermann (119 Anm. 1) findet die Vermuthung auf § 921 keine Anwendung, wenn die Einrichtung nur zum Vortheil eines Grundstücks dient, doch gereicht nach Wolff 449 die Anlage schon zum Vortheile beider Grundstücke, wenn sie als Grenzscheidungsmittel dient.

4. Befindet sich die Einrichtung nicht auf der Grenze, sondern neben derselben, so gehört sie dem Nachbar, auf dessen Grundstück sie errichtet ist und es findet § 921 keine Anwendung. Planck 158 Anm. 5 zu § 921, Neumann, Handausg. 612 Anm. 2 zu §§ 921, 922, Prot. III 131.

5. Nach der überwiegenden Ansicht gilt die Vermuthung der gemeinschaftlichen Benutzung, die aber nach Fischer-Henle 461 Anm. 2 zu § 921 nicht für Miteigenthümer besteht, als widerlegt, wenn einer der Nachbarn das Alleineigenthum an der betreffenden Einrichtung beweist. Maenner 130 Ziff. 14, Biermann 120 Anm. 1, Endemann 278 § 71 Ziff. 3, Turnau-Förster 324 Anm. 1.

Das Gegentheil behauptet Cosack 159 § 211 XI, der meint, daß der Beweis des Alleineigenthums das gemeinsame Benutzungsrecht noch nicht ausschließe. Ebenso Fischer-Henle 461 Anm. 3 zu § 921.

6. Das Mitbenutzungsrecht wird nach Biermann 120 Anm. zu § 921 auch dann nicht vermuthet, wenn die Einrichtung sich ganz auf dem Grund und Boden des einen Nachbars befindet. Besteht die Vermuthung aber, so geht sie nur auf ein gemeinsames Benutzungsrecht, nicht auf Miteigenthum. Biermann 120 Anm. 1 zu § 921, ferner RG. Gruchots Beitr. **45** 1018.

7. Die Realgläubiger der in Betracht kommenden Grundstücke können die gemeinschaftliche Benutzung nicht hindern, doch können auch sie die Vermuthung aus § 921 widerlegen. Turnau-Förster I 324 Anm. 1.

8. Pfirstinger, Seuff. Bl. **67** 64 ff., 81 ff., 97 ff. Ueber benutzungsgemeinschaftliche Grenzmauern („Kommunmauern") unter besonderer Berücksichtigung der Münchener Kommunmauerverhältnisse, bezeichnet als Kommunmauern solche, zu deren Benutzung die Grenznachbarn gemeinschaftlich berechtigt sind (im Gegensatze zu den im Untereigenthume stehenden, die es im Deutschen Reiche nicht mehr giebt).

a) Es kommen außer jenen Grenzmauern, welche auf Grund förmlichen Servitutsvertrags der Betheiligten kommun gebaut werden, alle Grenzmauern in Betracht, welche thatsächlich nach der Art ihrer Errichtung „kommun" gebaut sind. Ein auf gemeinschaftliche Benutzung abzielender Vertrag wird nicht verlangt; es werden nur Thatsachen gefordert. Damit sind in praktischer Weise sämmtliche unter früherem Rechte kommun gebauten Mauern zu Kommunmauern erklärt worden; ein Vertrag würde auch nicht nachweisbar sein.

Auch die seit dem BGB. erst erbauten und noch erbaut werdenden Grenzmauern sind als benutzungsgemeinschaftliche im Sinne des § 921 zu betrachten, soweit nach Münchener Kommunbauweise und ohne förmlichen Vertrag der Nachbarn gebaut wird (66). A. M. Meikel, Ztschr. f. d. Notariat in Bayern **01** 227 ff.

Doch ist, damit eine Kommunmauer neu zur Existenz gelangen kann, allerdings die Zustimmung des Nachbars zur Kommunbauführung erforderlich, weil der Bau vom Nachbarn nach § 903 event. verhindert werden kann. Anderen Falles muß der Bauunternehmer die Mauer ihrer ganzen Dicke nach auf seinem eigenen Grunde herstellen. Andererseits darf der widersprechende Nachbar, wenn er später etwa ebenfalls bauen will, nicht ohne eigene Mauerwand anbauen u. s. w. (§ 903); er müßte also entweder eine Grunddienstbarkeit erwerben oder dem Nachbar den Grundstreifen abkaufen. Die Nachbarn sind also regelmäßig auf Verständigung angewiesen (68). Genügt die Zustimmung zum Baue, so empfiehlt sich aus anderen Gründen — s. u. — gleichwohl ein Vertrag (69).

b) 69 ff. und 81 ff. werden die Ansprüche, welche dem Erbauer einer Kommunmauer gegen den Nachbarn zustehen, erörtert. — Ueber den Ablösungsanspruch des älteren Rechtes a. a. O. 69 f., über das bezüglich der nach dem 1. Januar 1900 beabsichtigten Benutzung des „Aufbaues" (Mauererhöhung) einer Kommunmauer geltende Recht vgl. für Bayern Artt. 68, 69, 77 AG. u. a. a. O. 81 ff.

c) Gegen Meikel a. a. O. nimmt Pfirstinger a. a. O. 83 ff. an, daß, wer eine Kommunmauer aufgeführt hat, eine Sachverbindung nach § 946 herstellt und

nach § 951 Vergütung vom Nachbarn verlangen kann. Jede derartige Grenzmauer zerfällt in zwei, je im Sondereigenthume stehende Mauerhälften, von welchen jede zugleich als Stützmauer für die andere Hälfte dient: die Eigenthums-Grenzlinie geht entsprechend der Grundstücksgrenze mitten durch die Mauer. Der Anspruch ist schon auf Grund der Bestimmungen über die Bereicherung konstruirbar. Er geht, sobald der Nachbar an das Bauwerk anbaut, auf vollen Ersatz des Betrags der auf die in das Nachbareigenthum fallende Mauerhälfte verwendeten Baukosten, oder, falls der Bauwerth dieser Hälfte geringer ist als der der Baukosten, auf den Ersatz des Bauwerthsbetrags (84)

Ueber die die §§ 946, 951 ergänzende Besonderheit des Art. 68 Abs. 2 Bayr. AG. a. a. O. 85 ff. und über Fälle, in welchen die allgemeinen Bestimmungen trotz des Art. 68 zur Anwendung gelangen müssen, vgl. a. a. O. 86 ff.

d) Fehlt die Zustimmung (s. auch oben unter a) des Grenznachbars, so kann im Falle des Versuchs der baulichen Herstellung einer benutzungsgemeinschaftlichen Grenzmauer dieser nach § 903 die Ausführung des Baues auf dem Prozeßwege verhindern. Gelangt der Bau zur Ausführung, so kann nach §§ 853 ff. Beseitigung und nach § 823 Schadensersatz verlangt werden. Das Recht auf Duldung gemäß § 912 ist nicht gegeben, da der kommun Bauende bewußt rechtswidrig handelt (99).

§ 922. 1. Jeder Nachbar kann die Einrichtung insoweit benutzen, als dadurch nicht die Mitbenutzung des Anderen beeinträchtigt wird, aber nur zu dem Zwecke, der sich aus der Beschaffenheit der Einrichtung ergiebt, also nicht in beliebiger Weise; er kann dann aber auch die ganze Einrichtung benutzen, nicht bloß den Theil, der sich auf seinem Grundstücke befindet. Biermann 120 Anm. 1a, Th. Wolff 476 Nr. 7, Maenner 131, § 22 Anm. 88, **RG. JW. 83** 188. . A. A. Dernburg 204 § 71.

Die Anbringung von Nischen in einer Hausmauer ist daher unbedenklich zulässig. OLG. **4** 294 (Zweibrücken), Cosack II 159, Dernburg 205.

2. Nach Biermann 120 Anm. 1b zu § 922 darf die Einrichtung ohne Zustimmung der Nachbarn nicht geändert oder beseitigt werden, solange diese am Fortbestand ein Interesse, das nicht vermögensrechtlich zu sein braucht, haben. — In Folge dessen erklärt Biermann a. a. O. in Uebereinstimmung mit Turnau-Förster I 326 Anm. 7a den Art. 23 des preuß. AG. z. BGB. für rechtsungültig.

3. Die Unterhaltungskosten sind auf alle Fälle zu gleichen Theilen von den Nachbarn zu tragen, abgesehen von vertragsmäßiger Festsetzung. Den Unterhaltungskosten sind die Verwaltungskosten, nicht aber die Kosten der Benutzung gleichzustellen. Th. Wolff 449, Biermann 120 Anm. 1c zu § 922.

4. Das Recht des Nachbars auf Mitbenutzung einer von den anderen Nachbarn errichteten Scheidemauer und die diesem Rechte entspringende Verpflichtung desselben zum Ersatz eines verhältnißmäßigen Theiles der Baukosten kann nicht durch Eintragung auf dem Grundstücke dieses Nachbars sicher gestellt werden. Rhein. Ztschr. f. d. Notar. **01** 42.

5. Ist das Grundstück des einen oder des anderen Nachbars mit dem Rechte eines Dritten belastet, so kann die Aufhebung der gesetzlichen Grunddienstbarkeit, welche wegen ihrer Eigenschaft als eines wesentlichen Bestandtheils des Grundstücks dieser Belastung mit unterliegt, nach § 870 BGB. nicht ohne Zustimmung des Dritten erfolgen, es sei denn, daß dessen Recht nicht durch die Aufhebung berührt wird. Die Zustimmung ist aber stets formlos. Th. Wolff 477.

6. Im Uebrigen gelten die Vorschriften über die Gemeinschaft besonders zu §§ 741, 744 Abs. 2 ff. BGB., jedoch finden nach Biermann Anm. 1a zu

§ 922 die §§ 749—758 keine Anwendung. Ebenso Planck 160 Anm. 2e zu § 922, Turnau-Förster I 325 Anm. 6, Goldmann-Lilienthal 282, 4bß.

Biermann a. a. O. will ferner § 747 BGB. ausgeschlossen wissen, den Turnau-Förster nur insoweit nicht annehmen wollen, als das Benutzungsrecht von dem Eigenthum an den Grundstücken nicht getrennt werden kann, während Planck aus ähnlicher Motivirung heraus ihn für belanglos im Falle des § 922 hält.

Turnau-Förster I 325 Anm. 5 wollen sodann noch §§ 742, 748, wo hingegen Planck 158 Anm. 2 den § 748 beschränkt anwenden will, nämlich insoweit die Kostenfrage durch § 922 Satz 2 nicht geregelt ist und auch dann nur so, daß die Lasten und Kosten von den Nachbarn zu gleichen Theilen zu tragen sind. Wie Planck auch Th. Wolff 449.

7. Nach Pfirstinger — s. oben Ziff. 8 zu § 921, a. a. O. 101 — kommen bezüglich der Kommunmauern alle Vorschriften des § 922 nur insoweit als maßgebend in Betracht, als nicht das gemeinschaftliche Benutzungsrecht durch einen Vertrag geregelt ist.

Eine theilweise Abänderung erfahren sie für Bayern durch Art. 68 Abs. 1 AG. Näheres a. a. O. 102.

8. Streit herrscht bezüglich der Uebergangszeit.

Habicht 398 meint, daß bei gemeinschaftlichen Grenzanlagen an Stelle des bisherigen ideellen Miteigenthums, wo es landesgesetzlich bestand, fortan Sondereigenthum jedes Nachbarn trete, soweit die Anlage diesseits seiner Grenze liege, weil das Eigenthum an dem wesentlichen Bestandtheil einer Sache nach § 93 BGB. nicht fortdauern könne, sondern erlöschen müsse. Ebenso OLG. 4 294 (Zweibrücken). Im Gegensatze dazu behauptet Biermann 120 Anm. 1 zu § 921, daß zwar der Paragraph auch auf Grenzeinrichtungen Anwendung finde, die bereits vor dem 1. Januar 1900 bestanden, jedoch bleibe ein etwa begründetes Miteigenthum an der Einrichtung bestehen.

Th. Wolff 478 vertritt die Ansicht, daß ein die Grundfläche nicht ergreifendes Miteigenthum sich jetzt als gemeinschaftliches Erbbaurecht gemäß § 1012 BGB. darstelle, das nach Art. 184 EG. z. BGB. bestehen bleibe.

§ 923. 1. Voraussetzung ist, daß ein Baum oder Strauch auf der Grenze steht, d. h. die Grenze da durchschneidet, wo er aus der Erde tritt (Mot. III 278, Biermann 121 Anm. 1 zu § 281, Goldmann-Lilienthal 283c). Steht der Stamm ganz auf einem Grundstücke, so gehört der Baum zu diesem. Planck 160 Anm. 1.

2. Ein solcher Baum ist wesentlicher Bestandtheil beider Grundstücke (§ 94 Abs. 1), der also nicht Gegenstand besonderer Rechte sein kann. Es besteht an ihm Eigenthum pro diviso, das sich nach dem Fällen, das auch zufällig eintreten kann, in Miteigenthum nach Bruchtheilen verwandelt. Biermann a. a. O., Goldmann-Lilienthal 283c, Turnau-Förster 327 Anm. 1 Abs. 2, Planck 160 Anm. 1 Abs. 2.

3. Auch die Früchte gebühren den Nachbarn zu gleichen Theilen, und zwar nicht bloß Früchte im naturwissenschaftlichen Sinne, sondern z. B. auch abgefallenes dürres Holz. Dernburg 241 § 85, Maenner 131 § 22 Anm. 94, Biermann 121 Anm. 1, Planck 160 Anm. 2 zu § 923.

Für die Theilung sind die §§ 752 ff. maßgebend. Planck 160 Anm. 2, Turnau-Förster 327 Anm. 3.

Den Beweis dafür, daß der Beseitigungsanspruch ausgeschlossen ist, weil der Baum als Grenzzeichen dient, hat der andere Theil zu liefern. Biermann 121 Anm. 1 Abs. 2.

Dem gegenüber kann der den Anspruch Geltendmachende beweisen, daß der Baum durch ein anderes zweckentsprechendes Grenzzeichen ersetzt werden kann. Biermann a. a. O., Turnau-Förster 328 Anm. 7, Planck 161 Anm. 5.

4. Das Recht auf Beseitigung darf nicht eigenmächtig ausgeübt werden, sondern nur mit Zustimmung des Gegners; event. ist dessen rechtskräftige Verurtheilung nöthig. Planck 161 Anm. 1 Abs. 3.

5. Der Verzicht wirkt erst im Augenblicke der Trennung und stellt sich als eine Uebertragung einer Miteigenthumsquote dar. Biermann a. a. O., Turnau-Förster 327 Anm. 4.

6. Kommen die Früchte einem anderen als dem Eigenthümer zu, so ist dieser der Nachbar im Sinne des Paragraphen. Biermann 121 Anm. 1 Abs. 3, Turnau-Förster 328 Anm. 5, Mot. III 279.

7. Abweichende andere gesetzliche Bestimmungen über Obstbäume und Waldgrundstücke werden durch EG. z. BGB. Artt. 122, 183 aufrecht erhalten. Biermann 121 Anm. 2, Goldmann-Lilienthal 284 Anm. 2.

8. Mit der Trennung tritt der Miteigenthumswerth nach Bruchtheilen auf, wenn sich mechanische Kohärentien des Grund und Bodens auf der Grenze befinden. Die Bruchtheile werden aber durch den bisherigen Grenzschnitt bestimmt. Biermann 121 Anm. 3.

9. Ist die auf der Grenze befindliche Sache zusammengesetzt, z. B. ein Haus, Mauer, und zerfällt diese mit der Trennung von Grund und Boden in ihre Bestandtheile, so gehören dieselben jedem der Eigenthümer so weit, als sie sich vor der Trennung innerhalb der Grenzen des Grundstücks befanden. An denjenigen Bestandtheilen, die von der Grenzlinie durchschnitten wurden, entsteht Miteigenthum, doch werden die Bruchtheile auch hier durch den bisherigen Grenzschnitt bestimmt. M. Wolff, Bau auf fremdem Boden 105, Maenner 132 § 22 Anm. 96, Biermann 122 Anm. 3 zu § 923, Turnau-Förster 327 Anm. 1 Abs. 2.

A. M. sind Fischer-Henle, die behaupten (462 Anm. 1 zu § 923), daß auf andere an der Grenze befindlichen Dinge (Gebäude, Felsblöcke u. s. w.) § 923 nicht zur Anwendung komme.

10. Ortloff, Ueberhang a. a. O. 285 ff.: a) Er billigt die Regelung, wonach eine Gemeinschaft zu gleichen Theilen besteht und der Satz prohibentis melior conditio ausgeschlossen ist.

Die Verzichtsleistung schließt nicht ein vertragsmäßiges Abkommen über eine Entschädigung des seinen Anspruch an den anderen Theil Abtretenden für das Aufgeben seines Miteigenthums aus (286).

Besteht ein Nießbrauch am Grundstücke, so ist nur der Nießbraucher zur Trennung und Verfügung über die Trennstücke, die sein Eigenthum werden, berechtigt (286).

b) „Grenzzeichen". Nach Abs. 2 Satz 3 den Ersatz zu ermöglichen wird nicht schwer sein, wenn ein Grenzbaum einen gewissen Umfang angenommen hat und durch seine Beschattung das Wachsthum darunter hindert, deshalb aber gern von den Betheiligten entfernt wird (286).

c) Ueber das EG. a. a. O. 287. Nach Art. 122 wäre die Regel im § 923 Abs. 1 nicht abänderlich in Beziehung auf alle Arten von Grenzbäumen und Grenzsträuchern und nur ein Vorgehen der Landesgesetze von dem Abs. 2 nachgelassen, soweit ein Grenzbaum nur ein Obstbaum wäre, in etwaiger Ausdehnung auch ein Früchte tragender Strauch (s. o. Ziff. 1).

§ 924. Kretzschmar, SächsA. 12 428. Daß im § 924 der Anspruch auf Duldung der Herstellung eines Nothwegs (§ 917 Abs. 1), nicht aber die Ver-

pflichtung des Nachbarn zur Duldung des Ueberbaues (§ 912 Abs. 1) Erwähnung gefunden hat, erklärt sich daraus, daß bereits der Ueberbau als solcher unter den vom Gesetz erforderten Umständen ein servitutähnliches Recht an dem überbauten Grundstück erzeugt und daß Rechte überhaupt nicht der Verjährung unterliegen, sondern nur die aus ihnen entstehenden Ansprüche. Der Anspruch auf Duldung des Ueberbaues aber wird, solange der Ueberbau besteht, jeden Augenblick neu geschaffen und kann aus diesem Grunde nicht verjähren. Der Mangel der Verbindung eines Grundstücks mit einem öffentlichen Wegenetze dagegen giebt noch kein dingliches Recht, sondern gewährt dem Wegebedürftigen zunächst nur einen obligatorischen Anspruch gegen die Nachbarn, daß diese bis zur Hebung des Mangels die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung dulden. Hier handelt es sich also um einen Anspruch, der mit seiner Entstehung zu verjähren beginnt und bei welchem daher Verjährung an sich denkbar ist.

Zweiter Titel.
Erwerb und Verlust des Eigenthums an Grundstücken.

§ 925. 1. Die Frage, wann zum Eigenthumswechsel Auflassung erforderlich ist, entscheidet Oberneck 267 dahin, daß Auflassung dann nothwendig ist, wenn es sich um einen im Wege der Singularsukzession herbeigeführten Wechsel im Eigenthumsrecht an einem bereits gebuchten Grundstücke bzw. an einem ideellen Theile desselben handelt. Fuchs I 208 formulirt: Auflassung ist überall da erforderlich, wo ein Eigenthumswechsel stattfindet und der Uebergang des Eigenthums sich nicht kraft Gesetzes vollzieht. Turnau-Förster I 360 stellt den Grundsatz auf, daß eine Veräußerung stets vorliegt und Auflassung daher erforderlich ist, wenn durch Rechtsgeschäft entweder eine Veränderung in der Person der Eigenthümer oder ein Wechsel in dem Antheilsverhältnisse der Eigenthümer eintritt.

2. Die umfangreiche Kasuistik, welche sich im Einzelnen an diese Frage anschließt, erstreckt sich im Wesentlichen auf folgende Thatbestände:

a) Bei der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft ist, wenn ein zu einem Nachlasse gehöriges Grundstück einem oder einigen Miterben zum Alleineigenthum überwiesen werden soll, Auflassung erforderlich. **RG.** **JW.** **02** 280 ff., OLG. **4** 435 (KG.), KGJ. **24** A 107. Dies gilt auch dann, wenn die Erben Miteigenthum an einem Nachlaßgrundstück unter sich zu bestimmten gleichen oder ungleichen Quoten festsetzen. Vgl. Oberneck 314, KGJ. **22** A 301, **24** A 107. Wenn jedoch nach altem preußischen Rechte mehrere Miteigenthümer ohne Angabe des Theilnehmerverhältnisses im Grundbuch eingetragen waren und somit die Vermuthung der Gleichheit der Quoten Platz greift, so kann eine Eintragung ohne Auflassung erfolgen, falls sämmtliche Eigenthümer formgerecht erklären (§ 29 GBO.), daß sie das Grundstück zu diesem Bruchtheil erworben haben und Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Angaben nicht vorliegen; so KGJ. **25** A 134.

b) Bei der Einbringung eines Grundstücks in eine Gesellschaft ist Auflassung erforderlich, auch wenn das Grundstück vorher im gewöhnlichen Miteigenthume der Gesellschafter stand. Hinsichtlich der Frage, ob die Auflassung auch dann erforderlich ist, wenn dieselben Personen, welche eingetragene Eigenthümer des Grundstücks sind, die neue Gesellschaft, insbesondere eine Handelsgesellschaft bilden, besteht Streit. Oberneck 321, Endemann II 227 Anm. 6, Staub, Exkurs zu § 122 Anm. 10, Fuchs I 210 ff., Planck III Anm. 3 zu § 925, Achilles-Strecker 40,

neuerdings auch Turnau-Förster I 363 verlangen Auflassung und auch das preuß. OVG. Entsch. 37 96 Nr. 17 und das KG. KGJ. 17 44 ff. sind der gleichen Ansicht. Dagegen hat das KG. seine entgegengesetzte Auffassung aufrechterhalten und die Nothwendigkeit der Auflassung verneint; so in Gruchots Beitr. 43 129, 38 1063 ff., ebenso Goldmann-Lilienthal I 463/464 und Kretzschmar II 129.

c) Wenn Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit eingetragene Grundstücke auf ein anderes Rechtssubjekt übertragen, so ist der Regel nach die Auflassung erforderlich, so namentlich bei Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Aktiengesellschaft oder eine eingetragene Genossenschaft u. s. w. Oberneck 324. Nach dem neuen Handelsgesetzbuch ist jedoch bei Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine Aktiengesellschaft, wenn lediglich die Mitglieder der ersteren Aktionäre der letzteren werden, eine Auflassung nicht erforderlich, vielmehr sind die Grundstücke der Kommanditgesellschaft auf Aktien ohne Weiteres im Wege der Grundbuchberichtigung auf die Aktiengesellschaft umzuschreiben. OLG. 6 115 (KG.).

Bei der Fusion von Aktiengesellschaften oder Aktien-Kommanditgesellschaften liegt eine Art von Universalsukzession vor und das Eigenthum wird ohne Auflassung erworben. Vgl. OLG. 2 513 (KG.), Oberneck 325, Achilles-Strecker 33.

d) Bei Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft ist ein der Gesellschaft gehörendes Grundstück im Wege der Auflassung auf einen früheren Sozius zu übertragen, daran ändert auch nichts der Umstand, daß beim Vorhandensein von nur zwei Sozien im Falle der Auflösung vereinbartermaßen das gesammte Geschäft mit Firma, sowie mit Aktiven und Passiven dem Anderen überlassen bleiben soll. Die Auflassungserklärungen werden von der durch den abgefundenen Gesellschafter vertretenen, zu diesem Zwecke als fortbestehend gedachten Gesellschaft als Bucheigenthümerin und dem übernehmenden Gesellschafter abgegeben. Vgl. KGJ. 24 A 109, KGJ. 22 D 24 (Hamburg), Oberneck 321/322.

Wenn zwei Personen Inhaber zweier offenen Handelsgesellschaften sind und ein Grundstück aus der einen auf die andere Gesellschaft übertragen wird, so ist nach der Ansicht des KG. JW. 99 320 Auflassung nicht erforderlich.

3. Wenngleich Eintragung und Auflassung in engem Zusammenhange stehen, so sind sie doch im Gegensatze zu früherem preußischen Rechte juristisch als zwei selbständige Rechtsakte anzusehen und die Auflassung ist nicht denselben Voraussetzungen unterstellt, wie die Eintragung. So Oberneck 271, Turnau-Förster I 366, Achilles-Strecker 213, zustimmend RJA. 3 263 (OLG. 6 473, Stuttgart). (Vgl. auch o. Ziff. 2 zu § 873).

4. Ueber den Ort der Auflassung ist die herrschende Lehre darüber einig, daß sie nicht unbedingt vor dem offenen Grundbuch stattzufinden hat, sondern auch außerhalb der Gerichtsstelle und auf Gerichtstagen zulässig ist. Vgl. hierüber Oberneck, R. 00 534—537. Gegen die Zulässigkeit haben sich ausgesprochen Staudinger-Kober III 162 Anm. 2c und Henle, R. 00 434.

5. Was die örtliche Zuständigkeit betrifft, so wird allgemein angenommen, daß eine Auflassung vor dem örtlich unzuständigen Grundbuchamte nichtig ist und auch trotz der Eintragung keine Eigenthumsübereignung bewirkt. So insbesondere Fuchs I 214 und Turnau-Förster I 365 Anm. IV Nr. 1. Letztere nehmen freilich an, daß, wenn in irriger Auffassung der Flurgrenzen oder der maßgebenden besonderen Beschaffenheit des Grundstücks bei einem Amtsgericht über ein seiner Kompetenz nicht unterliegendes Grundstück das Grundbuch geführt wird, die Wirksamkeit der vor diesem Amtsgericht erklärten Auflassung und der von diesem Amtsgerichte vollzogenen Eintragung des Eigenthumsüberganges nicht aus dem Grunde angefochten werden kann, weil das Amtsgericht

zur Führung des Grundbuchs über das Grundstück nicht zuständig war. Vgl. Turnau-Förster II 18, Predari 2 Anm. 3.

Oberneck 272 und ihm zustimmend Klumpp 76 und v. Wächter-Spittler, WürttZFrG. **03** 66 Anm. 3 nehmen an, daß die Auflassung durch ein unzuständiges Grundbuchamt, soweit nach Landesgesetz der § 7 FGG. Anwendung findet, keine Nichtigkeit nach sich zieht.

6. Streit herrscht darüber, ob die Auflassung als eine nur mündliche Willenserklärung oder als schriftliche anzusehen sei. Der Feriensenat des KG. hat ersteres angenommen, DNotVZ. **02** 331, dagegen aber Oberneck ebendaselbst, Cohn (Breslau), DJZ. **02** 268 ff. und Eccius, Gruchots Beitr. **47** 710/711.

7. Ueber den Inhalt der Auflassungserklärungen hat in der Rechtsprechung und auch in der Literatur bisher erheblicher Streit geherrscht. Es wurde namentlich früher vom OLG. Colmar der Standpunkt vertreten, daß in den Erklärungen die materielle Einigung nach § 20 GBO. dem Grundbuchrichter nachgewiesen werden müßte, und daß der Erwerber die Annahme der Bewilligung der Eigenthumsänderung seitens des Verkäufers bzw. Berechtigten nicht mehr stillschweigend ausdrücken, sondern die Annahme ausdrücklich erklären müsse. Die bloße Bewilligung der Eintragung des neuen Erwerbers seitens des Veräußerers und der Antrag des Erwerbers auf Eintragung genügen nicht. Der Streit ist dadurch zur Erledigung gelangt, daß das RG. **54** 379 ff. die alte preußische Formel: „Der Verkäufer bewilligt, daß N als neuer Eigenthümer eingetragen werde, und N als Käufer beantragt seine Eintragung nach dieser Bewilligung" für völlig genügend erachtet. Die Literatur hierüber findet sich in dieser Entscheidung angegeben. Vgl. auch noch Oberneck 273/274 und DNotVZ. **02** 331.

8. Da die Auflassung gleichzeitig erklärt werden muß, so kann, wenn die Auflassungserklärung eines Kontrahenten mangelhaft war, durch nachträgliche einseitige Ergänzung seitens des Kontrahenten, in dessen Erklärung der Mangel lag, die Auflassung nicht wirksam werden. RG. R. **00** 214.

9. Die von einem Nichteigenthümer erklärte Auflassung wird nach Ansicht des Kammergerichts vermöge des Konvaleszenzprinzips durch nachträgliche Genehmigung des eingetragenen Eigenthümers wirksam. KGJ. **23** A 136 ff. OLG. **4** 33 (KG.).

Eccius, DJZ. **02** 61, 62, 95, 96 hat diese Entscheidung angegriffen, weil die Auflassung für sich noch keine das Grundstück ergreifende Verfügung sei und § 185 BGB. sich nur auf die Verfügung eines Nichtberechtigten beziehe. Dagegen wendet sich Oberneck, DNotVZ. **2** 171 f., der den Standpunkt des Kammergerichts für begründet erklärt. Vgl. auch Goette, CBlFG. **1** 653, Turnau-Förster I 352 Anm. 6. Näheres hierüber s. o. Ziff. 2 zu § 185.

10. Die Zulässigkeit der Auflassungserklärung durch einen vollmachtslosen Vertreter und die Anwendung des § 177 BGB. über die Wirksamkeit bei Verträgen, welche ein Vertreter ohne Vertretungsmacht schließt, wird vom KG. KGJ. **22** A 146 Nr. 34) bejaht, von Eccius, DJZ. **02** 61, 62, 95, 96 verneint, indem er die Vertragsnatur der Auflassung bestreitet. Die Eccius'sche Ansicht bekämpft Oberneck, DNotVZ. 2 168 ff. (Vgl. o. Ziff. 2 zu 185).

11. Die Bestimmung des Abs. 2 § 925 BGB., wonach Bedingung und Betagung die Auflassung unwirksam machen, ist, wie das Kammergericht angenommen hat, nicht auf die Genehmigung anzuwenden, denn diese ist kein durch Rechtsgeschäfte gesetzter Umstand, von dem die Parteien die Wirksamkeit des Aktes abhängig gemacht haben (§ 158 BGB.), sondern ein gesetzliches Erforderniß

für den nachträglichen Eintritt der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, also eine Rechtsbedingung. RG. 22 A 142 ff.

12. Ueber die Vertretung beider Auflassungsbetheiligten durch denselben Bevollmächtigten s. o. Ziff. 3 f. zu § 181.

§ 926. 1. Turnau-Förster I 390 Anm. 2 nehmen an, daß gegen Pfändungen, Verpfändungen, Veräußerungen von Zubehörstücken, die zwischen Auflassung und Eintragung vorgenommen werden, der Erwerber durch § 926 nicht geschützt sei. Dagegen geht die Auffassung von Biermann 129 Anm. 2, Planck Anm. 1 a zu § 926, Fuchs I 230, Staudinger-Kober Anm. 1 c zu § 926 dahin, daß, wenn nach Stellung des Antrags auf Eigenthumsumschreibung, also zwischen Auflassung und beantragter Eintragung der veräußernde Eigenthümer in der Verfügung über die Zubehörstücke, z. B. durch deren Pfändung beschränkt werde, zu Gunsten des Erwerbers § 878 BGB. eingreife und das Eigenthum an den Zubehörstücken auf den Erwerber übergehe.

2. Wenn der Erwerber des Grundstücks bereits vor der Auflassung im Besitze des Zubehörstücks war, den er von dem Veräußerer erlangt hatte, so wird er mit der Auflassung Eigenthümer desselben, wenn er zu dieser Zeit im gutem Glauben ist. Kommt es dann nicht zur Eintragung des Eigenthumserwerbes, so wird auch das Zubehörstück nicht erworben, weil dessen Eigenthumsübergang von dem Grundstückserwerb abhängt. Biermann 129 Anm. 3.

3. Ob unter Besitz nur der unmittelbare oder auch der mittelbare Besitz zu verstehen ist, ist streitig. Turnau-Förster (1) I 367 nehmen an, daß unter Besitz im Sinne des § 926 Abs. 2 nur der unmittelbare Besitz zu verstehen ist, während Biermann 129 Anm. 3 diese Einschränkung ablehnt.

§ 927. 1. Planck III 171 Anm. 3, Turnau-Förster I 392 Nr. 2, 3, Oberneck 336 nehmen an, daß die weiteren Voraussetzungen des Aufgebotsverfahrens in Satz 3 des Abs. 1 § 927 vorliegen, wenn überhaupt Jemand als Eigenthümer eingetragen ist. Dagegen sind Biermann Anm. 1 b zu § 927 und Fuchs I 233 Nr. 4 cc der Ansicht, daß der eingetragene Eigenthümer auch der wirkliche Eigenthümer sein müßte.

2. Es genügt nach der herrschenden Ansicht (vgl. z. B. Biermann, Planck), daß seit 30 Jahren keine Eintragung erfolgt ist, die der Zustimmung des Eigenthümers bedurfte; unter Eigenthümer ist nicht bloß, wie Fuchs I 233 Nr. 4 bb will, der zuletzt eingetragene zu verstehen, sondern derjenige, der zur Zeit der von dem Eigenthümer zu bewilligenden Eintragung im Grundbuche vermerkt war.

3. Eine Nachprüfung des Ausschlußurtheils steht dem Grundbuchrichter nicht zu. Vgl. PosMschr. 00 166.

4. Die rechtliche Natur des durch Ausschlußurtheil begründeten Rechtes des Antragstellers ist streitig. Dernburg III § 93 Anm. 5 faßt sie als ein von der Rechtsbedingung der Eintragung abhängiges Eigenthumsrecht auf, welches durch Vormerkung und Widerspruch gesichert werden könne. Planck III 173 Anm. 7 will es wie ein Eigenthumsrecht angesehen wissen und die Sicherung durch Widerspruch zulassen. Oberneck 338 nimmt ein gesetzliches Aneignungsrecht an, welches dem Eigenbesitzer auf Grund des Ausschlußurtheils nur einen persönlichen Anspruch auf Beseitigung von Eintragungen giebt, die nach Erlaß des Ausschlußurtheils, aber vor Eintragung des Extrahenten des Ausschlußurtheils bewirkt sind, und läßt diesen Anspruch durch Eintragung einer Vormerkung sichern. Biermann 131 Anm. 3 verwirft alle diese Ansichten.

5. Der Antragsteller hat die zur Begründung des Antrags erforderlichen Thatsachen vor der Einleitung des Verfahrens glaubhaft zu machen, z. B. die Verschollenheit des eingetragenen Eigenthümers; so Biermann 131 Anm. 2, Planck 171 Anm. 3 a, Oberneck 338 Nr. 4. Dagegen verlangt Böhm 104

die Vorlegung eines die Todeserklärung aussprechenden Urtheils und Fuchs I 233 Anm. 4 fordert Glaubhaftmachung, daß die materiellen Voraussetzungen für eine Todeserklärung vorliegen. Turnau-Förster I 394 meint, daß der Antragsteller nach § 980 CPO. die zur Begründung des Antrags erforderlichen Thatsachen vor der Einleitung des Verfahrens glaubhaft zu machen hat. Der Tod des eingetragenen Eigenthümers werde durch Vorlegung der Sterbeurkunde, die Verschollenheit insbesondere durch Vorlegung des im § 970 erwähnten Urtheils, aber auch auf andere Weise (§ 294 CPO.) glaubhaft gemacht.

6. RG. Gruchots Beitr. 44 862 ff.: Einem angeblichen Grundstückseigenthümer, der die nach früherem Recht erforderlichen Bedingungen eines Aufgebots des Grundstücks nicht erfüllen kann, steht die Befugnis zu, nach dem 1. 1. 1900 das Aufgebot gemäß § 927 zu beantragen.

§ 928. 1. Bei dem Erwerb aufgegebener Grundstücke durch Eintragung ohne Auflassung ist es hinsichtlich des von dem Eigenthümer abzugebenden Verzichts streitig, ob dieser vorbehaltlos abgegeben werden muß oder ob die Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung zulässig ist. Planck III Anm. 29 zu § 928, Biermann 132 Anm. 1, Turnau-Förster I 395 bejahen die Zulässigkeit einer solchen Bedingung oder Zeitbestimmung, dagegen verneinen dieselbe Staudinger-Kober Anm. 1a zu § 928, Matthiaß, BGB. 56 § 17, Kretzschmar II 123.

2. Fraglich ist, ob der Verzicht als einseitige empfangsbedürftige Erklärung mit der dem Grundbuchamte gegenüber erfolgten Abgabe unwiderruflich geworden ist, oder ob diese Wirkung erst mit der Eintragung eintritt (vgl. § 130 BGB.). Das erstere nehmen an Biermann Anm. 1 zu § 928, Oberneck 329, Fuchs I 76e, 237d, Turnau-Förster I 395, Staudinger-Kober III 173; dagegen sind der abweichenden Ansicht Böhm 106, Fischer-Henle Anm. 3 zu § 928, Goldmann-Lilienthal 1. Aufl. 285 Anm. 5, Klumpp 574 Nr. 4, Matthiaß 56, Kuhlenbeck zu § 928 und wohl auch Kretzschmar II 123.

3. Dernburg III § 95 nimmt an, daß in Preußen die Eintragung des Fiskus zum Erwerbe herrenloser Grundstücke nicht erforderlich sei, weil das Recht des Fiskus Regal sei, die Vorschriften über Regalien aber nach Art. 73 EG. z. BGB. aufrecht erhalten sind und fiskalische Grundstücke dem Buchungszwange nicht unterliegen; dagegen Biermann 133 Anm. 5 mit der Ausführung, daß es sich nicht um ein fiskalisches Grundstück handelt, sondern um ein solches, das erst fiskalisch werden soll.

Dritter Theil.

Erwerb und Verlust des Eigenthums an beweglichen Sachen.

I. Uebertragung.

Buhl, Recht der beweglichen Sachen (1901). — Kah, Der Eigenthumserwerb durch „Uebertragung" (§§ 929—936 BGB.) mit Rücksicht auf das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 und das französisch-badische Recht, Bad. Ann. 99 266 ff. (und Fortsetzungen). — Kohler, Vertrag und Uebergabe, A.bürgR. 18 1 ff. — Leonhard, Vertretung beim Fahrnißerwerb (1899). — v. Schey, Die Behandlung der Eigenthumsübertragung im deutschen BGB., Allg. Oesterr. GZtg. 02 96 ff. — v. Tuhr, Eigenthumserwerb an Mobilien nach dem BGB., verglichen mit dem Rechte des Code civil, Puchelts Z. 30 527 ff. — Wendt, Erwerb von einem Nichtberechtigten, A.civPr. 89 1 ff.

§ 929. 1. Das Prinzip. a) Kohler 1 ff: Das Traditionssystem ist im BGB. so sehr spiritualisirt, daß man sagen kann: formell gilt das Traditionssystem, materiell das Vertragssystem, es gilt das Vertragssystem in einer verfeinerten Form. Das Mittel der Vergeistigung des Traditionssystems bot das constitutum posses-

sorium, wie es Juventius Celsus erdacht hat. — (Eingehender noch 95 ff.) — Im Folgenden giebt er eine historische Entwickelung bis zum Naturrecht (57). Anschließend legt er die legislativen Gesichtspunkte dar, die gegen das Traditionssystem sprechen (57 ff.), das insbesondere mit dem Institut des mittelbaren Besitzes unvereinbar sei. „Wo immer man daher das System des bloßen Vertrags hat, wird man das Konstitut annehmen müssen; wo immer man das Konstitut hat, wird man zum bloßen Vertrag als Form der Uebereignung gelangen müssen. Historisch war es der Ausgangspunkt der Entwickelung, dogmatisch ist es das ständige Element der Rechtsordnung, welches den bloßen Vertrag mit der Besitzlehre versöhnt" (63). Das Traditionssystem war auch nicht das ursprüngliche, natürliche (63—65). Weiteres Historisches über den Besitzerwerb durch Anweisung und den Unterschied vom Konstitut 66—70.

b) v. Schey 95 ff. erörtert das Verhältniß des Veräußerungsgeschäfts, speziell des Rechtsgeschäfts der Eigenthumsübertragung zu seiner causa. Nach ihm gilt im BGB. das „Traditionsprinzip"; doch ist die Tradition ein abstrakter Rechtsvorgang. Das Gesetz gehe von der Uebergabe aus und lege sichtlich den Ton darauf, dem gelehrten Juristen klar zu stellen, daß neben ihr auch eine, jedoch nur formale Willenseinigung des Gebers und Nehmers über den Eigenthumsübergang bestehen müsse.

Auch v. Tuhr 527 ff. tritt für eine scharfe Unterscheidung des sogenannten dinglichen Vertrags von dem obligatorischen Vertrag ein und betont das im BGB. angenommene Traditionsprinzip, wovon der § 930 (das constitutum possessorium) eine Ausnahme bilde. Am deutlichsten zeige sich die Tragweite des Traditionsprinzips im Falle des § 447 (Näheres a. a. O.).

2. Verhältniß des dinglichen Vertrags zum Schuldverhältniß. Kohler 111 ff. a) Der dingliche Vertrag kann abstrakt, unbedingt, kann aber auch bedingt, d. h. an die Gültigkeit des Geschäfts, von dem er ausgeht, geknüpft sein. Regelmäßig versteht sich die vollständige Unabhängigkeit des dinglichen Vertrags von dem der Zahlung zu Grunde liegenden Schuldverhältnisse von selbst. — Eine Abhängigkeit kraft Gesetzes tritt auch nicht in dem Falle ein, daß das betr. Geschäft unsittlich und gesetzwidrig ist, z. B. im Falle der Beamtenbestechung. Denn der Geber müßte seine rei vindicatio, falls man Nichtigkeit annehmen wollte, mit seiner eigenen Unsittlichkeit begründen, deshalb bleibt es beim status quo. Der Empfänger muß aber auch wirklich nicht nur Besitzer, sondern Eigenthümer werden. (Unabhängig hiervon die Konfiskation in den §§ 40, 335 StGB.) (113). — Es kann also höchstens eine Abhängigkeit kraft Willensakts eintreten, z. B. bei Schenkungen, wenn mir A schenkt, während ich das Gegebene als Zahlung annehme, und umgekehrt. — (Hierbei sind aber auszuscheiden: α. Der Fall des beim Rechtsgeschäfte hervortretenden Widerspruchs; z. B. wenn ich die Schenkung nicht als Schenkung, sondern als Hingabe an Zahlungsstatt anzunehmen erkläre, wobei es sich um zwei Offerten handelt; ebenso, wenn sonst Geschäfte zusammen offerirt werden, so daß die eine Offerte nicht ohne die andere zur Annahme gestellt wird, oder in sonstiger Abhängigkeit zu ihr sich befindet. β. Der Fall, daß sich Schenkung und Zahlung auf den gleichen Vorgang beziehen und die Verschiedenheit nur darauf beruht, daß der Eine vermeint, daß aus dem Vorgang eine juristische Schuld erwachse, der Andere nicht, § 814.) — Es handelt sich demnach um eine ungültige solutio oder um eine ungültige donatio. Ist der dingliche Vertrag mit dem wirthschaftlichen Geschäfte so verknüpft, daß er mit ihm zusammensteht und -fällt? Es gilt hier weniger Parteiabsicht, als Verkehrsvernunft: wer zahlungsweise tradirt, der tradirt zwar unter der Voraussetzung, daß die Zahlung gültig ist, aber nicht unter der Be-

dingung; ebenso ist es bei der Schenkung. Die Tradition ist also unbedingt und definitiv; die Zahlung soll nicht zum Ausgangspunkte neuer Streitigkeiten und Zweifel werden (116); ebenso bei der Schenkung (117). Anders, wenn der dingliche Vertrag das eine Glied eines zweiseitigen wirthschaftlichen Geschäfts ist, in der Art, daß er als die eine Seite des Geschäfts der anderen, der obligatorischen, gegenübersteht, als Ziel eines untrennbaren Ganzen.

Ebenso, wenn auf der einen Seite das Element dinglich ist, auf der anderen obligatorisch-rechtlich, z. B. beim realen Darlehen, beim Mutuum und bei den Realveräußen (118). Eine Abhängigkeit des Vertrags ist nur anzunehmen, wenn an Stelle der Tradition ein sofortiges constitutum possessorium oder eine sofortige Uebertragung des Eigenthumsanspruchs tritt; nicht aber dann, wenn nach Uebereinkunft die Tradition erst später erfolgen sollte (119).

b) Buhl 56/57. Die Einigung ist ein Vertrag und untersteht den §§ 104—185; es kann eine Bedingung beigefügt und z. B. gemäß § 455 der Eigenthumsübergang von der Zahlung des Kaufpreises abhängig gemacht werden. Die Einigung kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden. Eine Vertretung durch einen gesetzlichen oder bevollmächtigten Vertreter ist sowohl bei dem Veräußerer als bei dem Erwerber möglich, ebenso bei der Uebergabe.

3. Einigung und Uebergabe. v. Schey 96 ff.: Es unterliegt keinem Zweifel, daß das BGB. dem Grundsatze der Unabhängigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts von der obligatorischen causa huldigt. Die Uebergabe ist ihm lediglich ein thatsächlicher Vorgang, die Eintragung im Grundbuche (bei Liegenschaften) lediglich ein behördlicher Akt. Weder die eine, noch die andere ist ihm eine Form der Parteiwillenserklärungen; beide sind Erfordernisse, welche neben diese Willenserklärungen treten. Die Willenseinigung kann (§§ 929 Satz 2, 879 Abs. 2, 892 Abs. 2) der Tradition bzw. der Eintragung ebensogut nachfolgen wie vorausgehen. Die Logik des Gesetzgebers führt schließlich zu folgendem Gedankengange: Fließt die dingliche Wirkung nicht aus dem Kausalgeschäft, ist andererseits die Uebergabe oder die bücherliche Eintragung nicht formulirter Parteiwille, so muß der dingliche Effekt der Veräußerung, der denn doch irgendwie auf dem Willen dieser Parteien beruht, anknüpfen an ein sowohl vom Kausalvertrage wie von dessen thatsächlichem Vollzuge verschiedenes Willensmoment, — und das kann füglich nur die abstrakte Willensübereinstimmung zwischen Uebergeber und Uebernehmer sein, daß „die Rechtsänderung eintreten“ (§ 873), „das Eigenthum übergehen soll“ (§ 929).

Diese Einigung ist weder obligatorischer, noch dinglicher Vertrag; sie verpflichtet zu nichts, auch nicht zur Vornahme der Tradition oder der Verbücherung, sie ist nur eine Thatsache, welche, wenn Uebergabe oder Eintragung erfolgt, Uebergang des Rechtes bewirkt, sie ist nichts als die konstatirte Willensübereinstimmung von Uebergeber und Uebernehmer. Als solches schiebt sie sich überall zwischen Kausalgeschäft und Vollzugsakt als gleichberechtigtes Drittes. Es bleibt jedesmal erst Auslegungsfrage, ob der Konsens über den Kaufvertrag sich im Sinne der Kontrahenten auch schon zur Einigung über den sofortigen Eigenthumswechsel verdichtet hat oder nicht. Letzteren Falles liegt Kausalgeschäft ohne „Einigung“ vor. Leidet die Kausalberedung an einem Mangel, so liegt „Einigung“ ohne Kausalgeschäft vor.

Die Einigung hat den Charakter der „Willenserklärung“; zur Anwendung kommen daher Vorschriften wie die über die Geschäftsfähigkeit, Scheingeschäfte (§ 117), über die Anfechtbarkeit in Folge Irrthums (§ 119); zweifelhaft ist es bezüglich der Offerten §§ 145 ff.; nicht anwendbar ist § 138; die abstrakte Einigung des BGB. steht „jenseits von gut und böse“.

Das BGB. hat mit seiner Emanzipation von der Form und von der causa die letzte Vergeistigung der sachenrechtlichen Vorgänge vorgenommen. Um nicht in diesen abstrakten Höhen den Boden unter den Füßen zu verlieren, muß daran festgehalten werden, daß die „Einigung" ein „Rechtsgeschäft" sei, welches nach § 158 auch bedingt vorgenommen werden kann, was sich — arg. e contrario — aus § 925 Abs. 2 ergiebt. Gegebenen Falles muß die Traditionsofferte durch die Annahme der Verkaufsofferte bedingt erscheinen.

Auch bezüglich der Liegenschaften hat — trotz § 925 Abs. 2 — der Grundbuchrichter es in der Hand, unter Umständen zu sagen: Ich entnehme aus der Erklärung des A, daß er sein Grundstück dem B nur unter der Bedingung auflassen will, wenn eine Einigung bezüglich der Gegenleistung des B zu Stande kommt, auch die Erklärung des B muß ich in diesem Sinne auffassen. Dieser bedingten Auflassung verweigere ich aber (§ 20 GO.) die Eintragung.

Ebenso Schey, Oesterr. Centralbl. 02 362 366.

4. Uebergabe (Einzelheiten). Katz giebt einen Vergleich mit dem französisch-badischen Rechte.

Er führt aus:

Die Uebertragung ist die einzige rechtsgeschäftliche Erwerbungsart einer Mobilie; Spezifikation, Okkupation, auch der Begründungsvorgang sind zwar Rechtshandlungen, begründen aber kein Rechtsgeschäft (268).

Auf die Willenserklärungen, als deren Ergebniß sich die Einigung darstellt, finden die Vorschriften über Rechtsgeschäfte Anwendung.

269 ff., 281 ff. über die Frage, ob die Wirkung der der Einigung zu Grunde liegenden Willenserklärungen trotz geschehener Uebergabe auf die bloß bedingte oder betagte Eigenthumsübertragung beschränkt werden kann, ob der Eigenthumsvorbehalt in solchem Falle wirksam ist: bejahend, vgl. § 455 BGB., in Uebereinstimmung mit den früheren Rechtsgrundsätzen (282).

Verschieden von der „Uebergabe" sind die „Ablieferung" (§§ 447, 477 BGB., 377 HGB.), ferner die Aushändigung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 797 BGB.). Die Uebergabe nach § 929 ist Einräumung des Eigenbesitzes (282).

Bei der traditio brevi manu nach Satz 2 wird der schon vorhandene Besitz des Erwerbers als Eigenbesitz qualifizirt (283).

Ausnahmen von dem Grundsatze des § 929: §§ 952, 738, 1438, 1519, 1549, 1490, 1381, 1646 (300, 314), § 474 HGB., § 926 BGB., § 90 Reichsgesetz vom 24. März 1897 (314), §§ 363 ff., 450, 647 HGB. (a. a. O. 315).

5. Bedingte Tradition. Kohler 99 ff. Die Tradition jeder Art (auch das Konstitut) kann bedingt geschehen; eine suspensiv bedingte Tradition ist nicht ein Traditionsangebot, sondern ein sofortiger Vertrag. Mit Eintritt der Bedingung springt sofort der Eigenbesitz auf den Erwerber über. Im Fall der Resolutivbedingung springt entsprechend mit ihrem Eintritte der Eigenbesitz von dem Erwerber ab, so daß er kraft Rechtsnothwendigkeit nunmehr als Detentionsbesitzer für den Eigenbesitzer besitzt.

Ausgeschlossen ist aber diese Verwandlung des Detentionsbesitzes in Eigenbesitz und umgekehrt, wenn im maßgebenden Momente der Eigenbesitzer nicht mehr Eigenbesitzer, der Detentionsbesitzer nicht mehr Detentionsbesitzer ist. Allein anders steht es mit dem dinglichen Vertrage. Das Eigenthum wird unter der Suspensivbedingung gleichwohl sofort erworben und fällt bei der auflösenden sofort zurück. Dieser auf die reale Tradition zutreffende Satz ist auch auf das Konstitut auszudehnen. Dieses wirkt als Besitzvertrag und giebt als solcher Eigenthum; falls es aber als Besitzvertrag nicht zum Ziele gelangt, wirkt es als formloser dinglicher Vertrag mit Fernwirkung.

Dagegen ist unweigerlich festzuhalten: ein dinglicher Vertrag kann nur bezüglich gegenwärtiger, nicht bezüglich zukünftig zu erwerbender Sachen abgeschlossen werden. Ein solcher Vertrag kann nur gelten, soweit es gestattet ist, sich als Stellvertreter der Herrschaft eines Anderen zu unterwerfen, also auf Widerruf oder in Verbindung mit einem Dienstverhältniß und in dessen Schranken (102). —

Jedoch möglich ist es wieder, daß man eine Traditionsofferte macht, die der andere Theil in der Zukunft annehmen kann, sobald er den Besitz erwirbt, genau wie ein obligatorischer Vertrag in futurum (105). Das BGB. gestattet aber die Eigenthumsübertragung in die Zukunft nicht. Das ergiebt sich nicht aus § 310, der nur vom obligatorischen Vertrag spricht, sondern aus der Umgegestaltung des dinglichen Vertrags im BGB., der das Konstitutum als Besitzvertrag konstruirt (106).

Die gemeinrechtliche Ausnahme der societas omnium bonorum besteht im BGB. nicht nach § 718, sondern nur nach § 1438. —

Außerdem kann auch beim Fruchterwerbe der dingliche Vertrag in die Zukunft gestellt werden. (Näheres a. a. O. 107 ff. und unten zu § 951.)

6. Einfluß von Willensmängeln auf den Besitzerwerb. Die Besitzübertragung und die Einigung sind jeder ein Vertrag für sich. Cosack II § 198, 116.

Gegen diese Annahme polemisirt Manigk, Rechtsgeschäfte 200, 205, § 929 enthalte nur einen dinglichen Vertrag. — Er weist 136 ff. darauf hin, daß der Erwerb des Eigenthums nach § 929 durch den auf Irrthum beruhenden bösen Glauben des Erwerbers ebensowenig verhindert werde, wie der Erwerb nach § 958 durch Occupation (vgl. zu §§ 958 und 872) und führt aus (193 f.), daß in §§ 929 ff. nicht alle Formen der Eigenthumsübertragung normirt seien. Der Besitzübergang könne sich z. B. auch ohne Handlung des Vorbesitzers vollziehen, und die Einigung könnte zu gleicher Zeit (nicht wie im § 929 Satz 2 nach dem Besitzerwerb) oder auch vorher vor sich gehen. Manigk hebt allgemein hervor, daß die Rechtsordnung bei den sog. Realgeschäften, bei denen neben dem Willen oder dessen Erklärung noch ein corpus zu verwirklichen sei (Tradition, Occupation, Dereliktion, Darlehen gemäß § 607), dieses corpus keine Handlung zu sein brauche, es vielmehr nur auf einen Effekt (Besitz oder dessen Verlust) ankomme und das Mittel zudessen Herstellung gleichgültig sei. Daraus folge, daß man die Normen des § 104 für die Rechtsgeschäfte auf den Fall nicht anwenden dürfe, wo das corpus durch eine Handlung hergestellt werde. Der Eigenthumstradent könne also z. B. bei der Uebergabe geschäftsunfähig sein; die Tradition sei wirksam, wenn jener nur bei der Einigung geschäftsfähig sei. (a. a. O. 197). Dies gelte für alle Realgeschäfte (vgl. zu § 607).

7. Mitwirkung von Vertretern. a) Leonhard untersucht die im Rechtsverkehr häufige Erscheinung, daß beim Erwerbe des Eigenthums an beweglichen Sachen Vertreter mitwirken, und führt aus:

Auf die Einigung finden die §§ 164 ff. Anwendung. Die Erklärung muß innerhalb der Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgegeben sein. Im Namen, dies bedeutet: es muß im Geschäft offen hervortreten, daß der Dritte Geschäftspartei sein soll und nicht die Mittelsperson. Nur wenn die Erklärung offen auf den Dritten hinweist, treten die Wirkungen in seiner Person ein, — Offenheitsprinzip. Dieses ist in folgender Weise zu verstehen: der Mangel des Geschäftswillens allein führt nicht zur Nichtigkeit. Umgekehrt hat das Fehlen des Erklärungswillens stets Nichtigkeit zur Folge. Der Grad der erforderlichen Offenheit ist bei den einzelnen Geschäften verschieden. Nothwendig ist aber stets, daß sein

Inhalt irgendwie hervortritt, daß in dem Rechtsgeschäft Offenheit herrscht. Doch ist nicht nöthig, daß sie gerade durch die Erklärung selbst hergestellt ist. Der Erklärungswille muß erklärt sein, der Geschäftswille aber kann auch auf anderem Wege erhellen (s. auch 5). Genau dieselbe Offenheit ist auch bei der Vertretung maßgebend. Nur die offene Vertretung wirkt für den Dritten. Das unterscheidet den „Vertreter" von dem „Ersatzmann" (Ihering). Diese beiden fallen unter den gemeinschaftlichen Begriff „Geschäftsmittler". Der Geschäftsmittler ist dann Vertreter (§§ 164 ff.), wenn seine Erklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt — Fremdwirkung —, dann Ersatzmann, wenn das Geschäft nur Wirkung für ihn selbst — Selbstwirkung — erzeugt. Es findet also nach bürgerlichem Rechte eine Vertretung nur statt, wenn die Beziehung auf den Vertretenen offen hervortritt (BGB. § 164 Abs. 1 und 2; darüber Näheres a. a. O. 6/7 und Quellennachweis 7 ff.; — s. auch oben zu § 164 Ziff. 1 a. E.).

Diese Sätze sind anzuwenden auf den besonderen Fall der Vertretung bei Uebertragung des Eigenthums (17 ff.). Auch hier kann der Wille des Geschäftsmittlers von der Erklärung abweichen. Z. B. B erhält ein Pferd von A, beide sagen, daß es für C übergehen solle, B aber hegt dennoch den Willen, es für sich zu erwerben. Oder umgekehrt: es wird vereinbart, daß B es erhalten solle, während B es für C erwerben will. Nach dem Offenheitsprinzipe wird im ersten Falle C, im zweiten B der Eigenthümer (Quellennachweis a. a. O. 7 ff.). — Es kommt nach Leonhard auf den Gesammt-Inhalt des Vertrags an (25); es ist nicht erforderlich, daß der Dritte immer ausdrücklich genannt wird; vielfach wird sogar der Veräußerer, der an den Herrn des Mittlers überträgt, gar nicht wissen, wer dieser ist. Andererseits wird in der beim Geschäftsschluß öfters gebrauchten Bezeichnung des Dritten als Auftraggebers oft nur die rechtlich bedeutungslose Mittheilung des Beweggrundes zu sehen sein.

Wenn man gegen die hier vorgeschlagene Regelung einwendet (29), daß der Veräußerer im Falle der Eigenthumsübertragung nie ein Interesse an der Person des Gegners habe, so steht dem entgegen, daß sich ein solches zwar nicht aus dem abstrakten Uebertragungsvertrage selbst, wohl aber aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß ergeben kann, da man das Eigenthum immer nur zu einem bestimmten Zwecke (— causa donandi — solvendi — obligandi —) überträgt. Dies Interesse darf nicht ganz schutzlos bleiben; Sicherung durch vertragsmäßige Bestimmung muß ihm freistehen (31).

Wenn aber auch der Veräußerer ein Interesse an der Person des Erwerbers haben kann, so wird sie ihm doch regelmäßig gleichgültig sein. Das ist für die **Auslegung** seiner Erklärungen von größter Bedeutung; es **rechtfertigt den Schluß, daß er meist keine rechtserheblichen Erklärungen über diesen Punkt abgeben wird.** Hierzu müßten noch besondere Merkmale erfordert werden. **Für gewöhnlich sind nur diejenigen Interessen in Betracht zu ziehen, die im Geschäft offen daliegen, andererseits aber dabei auch die bloß subjektiven Wünsche des Veräußerers.**

Woraus aber ergiebt sich im **Zweifel** der Sinn des Traditionsvertrags? In der Regel ist es gerechtfertigt, den Zweck, welchen der Veräußerer verfolgt, den **Grund** der Veräußerung zur Auslegung zu verwenden (32 ff.). Nicht auf gleicher Stufe steht dagegen der Zweck des **Erwerbers**; sein Erwerbszweck bildet bloß einen äußeren Beweggrund. Es geht demnach der Sinn der Vertragserklärung dahin, **daß der Veräußerer seinen Zweck erreichen und demgemäß übertragen will.** So ist sie auszulegen, daß dieser Zweck dabei erreicht wird; in welcher Weise dies geschieht, ist aus den einzelnen Verhältnissen zu entnehmen. Demnach ergiebt sich als Auslegungsregel: daß die

Uebertragung im Zweifel an den erfolgt, der Gläubiger im Kausalverhältniß ist (34). (A. a. O. 34—36 s. über einige Zweifelfälle Näheres). Für die Person des Erwerbers ist allein der Inhalt der vertragsmäßigen Einigung entscheidend. Er ergiebt sich

α. aus der übereinstimmenden Erklärung, die auch durch unwidersprochene Aeußerung einer Partei gewonnen werden kann, oder aus dem übereinstimmenden inneren Willen, — beides aber nur, wenn darin eine erhebliche Vertragsbestimmung zu sehen ist. Sonst sind die übrigen Umstände zu beachten.

β. Regelmäßig wird die Richtung der Uebertragung am sichersten aus der causa des Veräußerers zu entnehmen sein. Danach erfolgt die Uebertragung im Zweifel gewöhnlich an den Kausalgegner. Nothwendig ist zu dieser Auslegung,

daß Klarheit über die Erwerbsbeziehung herrscht,

daß aus diesem die Person des Erwerbers erhellt.

Unerheblich ist dagegen,

daß die Beziehung nicht rechtlich gültig ist,

daß der geheime Wille einer Partei abweicht, sei es nun über die maßgebende Beziehung oder auch nur über deren Inhalt.

36—55 widerlegt er abweichende Ansichten (Willenstheorien und andere, nach denen das Rechtsverhältniß zwischen dem Herrn und dem Mittler die Erwerbswirkungen bestimmt).

Ganz anders als wie mit der Einigung, verhält es sich mit der Uebergabe: dem Empfänger kann nicht für den Dritten übergeben werden; zur wirklichen Uebergabe bedarf es immer der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes, der thatsächlichen Gewalt (57—84). Somit scheint es, als ob möglich wäre: ein Eigenthumsvertrag, geschlossen für den Vertretenen, und eine Uebergabe, die an den Vertreter erfolgt, so daß jener erst durch die weitere Uebergabe an ihr Eigenthum erlangte. Allein, § 931 gewährt ein Mittel, das ihm den unmittelbaren Erwerb ermöglicht.

(Näheres über die theoretische Konstruktion daselbst 84 ff.)

Die im Vorstehenden entwickelten Grundsätze sind entsprechend anzuwenden, wenn auf der Seite des Veräußerers ein Dritter als Geschäftsmittler betheiligt ist (106 ff.) Hier ist das Offenheitsprinzip besonders deswegen von Bedeutung, weil die Person des Veräußerers für den guten Glauben des Erwerbers maßgebend ist (107, s. auch unten zu § 932).

Dagegen bietet die Frage der Uebergabe hier nicht so erhebliche Schwierigkeiten. (Näheres 108.)

b) Theilweise abweichende Ansichten vertritt Regelsberger, Iherings J. **44** 425: Auch nach BGB. könne der Eigenthumserwerb durch die Uebergabe der Sache an eine Mittelsperson vollzogen werden. Dies sei unbestritten für die Besitzgehülfen des § 855; durch sie erwerbe ihr Herr unmittelbaren Besitz an der Sache. Dagegen sei auch die Leonhardsche Ansicht (Leonhard a. a. O. 57 ff.), daß der Erwerb des mittelbaren Besitzes durch den beim Uebereignungsgeschäfte nicht mitwirkenden Dritten zum Eigenthumsübergang nicht ausreiche, mit Recht abgelehnt worden, von Langen, Eigenthumserwerb 92, Planck zu § 929 Nr. 6, Isay, Geschäftsführung 342. Aber auch Leonhard gewinne dadurch, daß er in dem durch den Vermittler abgeschlossenen Uebereignungsgeschäft eine Abtretung des Eigenthumsanspruchs an den Vertretenen finde, einen Ersatz für die mangelnde Besitzübergabe, vorausgesetzt, daß der Vermittler offen als solcher aufgetreten ist.

A. M. auch OLG. 5 46 (Rostock). Wenn der Veräußerer kein Interesse daran hat, wer Besitzer und Eigenthümer der Kaufsache wird, so ist davon auszugehen, daß ihm jede Person als Empfänger des Besitzes und Eigenthums recht ist, für die der Stellvertreter Besitz und Eigenthum erwerben will. Wenn demnach dieser, auch wenn er den Willen, für einen Anderen zu erwerben, nicht ausdrücklich erklärte, für den Anderen den Erwerb wirklich vornehmen wollte, so liegt in dieser Beziehung eine Einigung der Kontrahenten vor; es wurde der Vertretene sofort mit der Uebergabe der Sache an den Vertreter mittelbarer Besitzer und Eigenthümer. Vgl. Endemann Lehrbuch II § 39, Staub HGB. (7. Aufl.) Exkurs zu § 58 Anm. 37, Planck zu § 164 Anm. 2.

8. Verkauf stehender Früchte. Nach Kramer, R. 02 609 ff. schließt ein Grundstückseigenthümer, der seine Früchte auf dem Halme verkauft, nicht nur einen obligatorischen Kaufvertrag mit dem Käufer ab, sondern der übereinstimmende Wille der Kontrahenten ist weiter darauf gerichtet, daß der Käufer berechtigt sein soll, die Früchte vom Grund und Boden zu trennen und sich anzueignen, damit sie in sein Eigenthum übergehen. Der Kaufvertrag enthält somit zugleich die nach § 929 erforderliche Einigung und die Uebergabe, allerdings nur in bedingter Form, nämlich bedingt durch die Trennung und Aneignung der Früchte. Die Parteien sind über den Eigenthumsübergang einig, weil angenommen werden muß, daß der Verkäufer die vertraglich übernommene Pflicht auch erfüllen will. Zugleich enthält der Verkauf die Erklärung des Verkäufers: „Du bist in Folge des Kaufes berechtigt, die Früchte abzuernten und zu übernehmen", und diese Traditionsofferte nimmt der Käufer mit Abschluß des Vertrags an. Hiermit ist der erforderliche Uebereignungsvertrag geschlossen, allerdings dadurch bedingt, daß die Früchte dadurch selbständige Sachen werden, was mit der Trennung geschieht.

Auch so ließe sich konstruiren: mit Abschluß des Vertrags räumt der Verkäufer dem Käufer den — nach § 865 möglichen — Besitz an den Früchten ein. Auch hier ist außerdem zugleich in dem Kaufvertrage die in obiger Weise bedingte Einigung (§ 929 S. 2) zu erblicken. Auch wenn § 956 Anwendung fände, würde dasselbe Ergebniß erzielt. In dem Kaufvertrage liegt zugleich die Gestattung der Aneignung.

Diesen Sätzen steht § 306 nicht entgegen; der Fall des § 308 liegt vor; ebenso kommt § 161 in Betracht, so daß der Käufer im Sinne des § 771 CPO. mit der Interventionsklage durchdringen muß.

Anders liegt der Fall, wenn der pfändende Gläubiger ein Hypothekengläubiger des Grundstückseigenthümers wäre. Denn die Haftung der Früchte für die Hypothek erlischt nur nach §§ 1121 ff. BGB.; der gute Glaube des Käufers in Ansehung der Hypothek wird nicht geschützt.

9. Anwendungsgebiet des § 929. Kah 267: § 929 findet auch da Anwendung, wo es sich um den Eigenthumsübergang an einem ganzen Vermögen handelt, soweit Fahrnisse in Betracht kommen. Auch im § 706 Abs. 2 bleibt es bei dem nach bürgerlichem Rechte erforderlichen Uebertragungsakt, um den Gegenstand selbst zu einem gemeinschaftlichen zu machen. Die Aufnahme in ein etwaiges Gesellschaftsinventar kann nie den erforderlichen Uebertragungsakt ersetzen.

10. Uebergabe und Mitbesitz-Einräumung. Statt der „Uebergabe" genügt die Einräumung des Mitbesitzes mit dem Veräußerer, wenn auf den Erwerber lediglich ein Eigenthumsantheil übergehen soll. Zur Uebereignung der ganzen Sache dagegen nur, wenn ein Rechtsverhältniß vereinbart wird, vermöge dessen der Veräußerer den Mitbesitz der Sache behält. Doch geht in diesem Falle auf den gutgläubigen Erwerber Eigenthum nicht über, wenn der Veräußerer nicht Eigenthum oder Verfügungsrecht hatte. Wolff, Jherings J. 44 187–189.

11. Erfordernisse des Besitzerwerbes. a) Für den Begriff der Uebergabe genügt jeder Besitzerwerb, auch der sich nach § 854 Abs. 2 vollziehende. LG. Mainz, HessRsp. 2 3, R. 01 466.

b) Das Berühren und Nachzählen einzelner verkaufter Gegenstände kann selbst beim Vorliegen eines Kaufvertrags ebensogut in der Absicht einer Feststellung der Kaufgegenstände, wie zum Zwecke der Uebergabe erfolgen. Aber beim Hinzutritte noch anderer Thatsachen, z. B. einer mit jenen Handlungen verbundenen Erklärung der Sachen zum Eigenthume der Klägerin, der thatsächlichen Zustimmung des dabei gegenwärtigen Veräußerers in Verbindung mit der gleichzeitig vereinbarten Gebrauchsleihe, gewinnen auch sie die Bedeutung von Besitzergreifungsakten. OLG. Dresden, SächsA. 11 736.

Erklärt ein Verkäufer, der die Waare dem Käufer übersandt hatte, auf die von diesem erfolgte Zur-Dispositionsstellung, daß er die Waare für vertragsmäßig halte und auf Empfang bestehe, und behandelt darauf der Käufer die Waare als sein Eigenthum, in dem er sie z. B. theils verbraucht, theils auf sein Lager giebt, so liegt die nach § 929 erforderliche Einigung vor. Einer besonderen Erklärung dem Verkäufer gegenüber bedurfte es nicht mehr. OLG. 5 316 (Hamb.).

Im Auftrage des Erwerbers hat der Prokurist des Veräußerers die betr. Kaufsachen (Decken) aus den Beständen des Veräußerers entnommen und auf einen vom Käufer gemietheten Lagerraum im Geschäftslokale des Veräußerers schaffen lassen, wo sie, untermischt mit anderen Waaren, gelegen haben. Hierdurch sind die Decken an den Käufer übergegangen. Die erforderliche Einigung war vorhanden; für den Veräußerer wirkte dessen Prokurist mit, indem er die einzelnen Decken aus den Beständen der Firma entnahm und sie dergestalt, jedenfalls aber durch die getrennte Lagerung in dem gesonderten Lagerraum übergab. Diese Uebergabe erfolgte nun allerdings wiederum an den Prokuristen als Bevollmächtigten des Käufers. Allein § 181 steht nicht entgegen, weil ihm die Vertretung des Klägers gestattet war. OLG. 5 47 (Kiel).

Die auf ein Girokonto eingezahlten Beträge gehen mit dem Momente der Zahlungsvornahme seitens der Bank in das Eigenthum des Kontoinhabers über. OLG. 3 56 (Kiel).

c) Ein dem § 854 entsprechender, für den Eigenthumsübergang nothwendiger Besitzerwerb ist nicht darin zu finden, daß der Verkäufer Hölzer, die auf seinem Lagerplatze verbleiben, aussucht, sortirt, abgesondert von seinem anderen Holzvorrath aufstapelt und sie schließlich mit den Worten „das sind die verkauften Hölzer" dem Käufer vorzeigt. Es wäre erforderlich gewesen, daß die Hölzer frei gelagert hätten oder doch dem Käufer jeder Zeit zugänglich gewesen wären; das ist aber nicht der Fall bei einem Holzplatze, der außerhalb der Geschäftsstunden oder wenigstens zur Nachtzeit von seinem Inhaber verschlossen gehalten wird. OLG. 5 150 (Breslau).

SeuffA. 57 413, OLG. 4 295 (KG.). Eine Dienstmagd hatte von ihrem Dienstherrn 19 in dessen Wohnung befindliche und darin verbliebene Vogelbauer mit Vögeln zu Weihnachten geschenkt erhalten. Dieselben wurden von einem Schuldner des Schenkers gepfändet; die Interventionsklage der Beschenkten ist abgewiesen. Eine Einigung im Sinne des § 854 Abs. 2 hat hier nicht stattgefunden, von einer Besitzübertragung ist nicht die Rede gewesen. Auch in den thatsächlichen Beziehungen zu den Bauern und Vögeln hat sich nichts geändert. Sie sind im Zimmer des Schuldners verblieben, und soweit etwa die Klägerin die Abwartung und Fütterung der Vögel besorgt und die Bauer gereinigt hat, ist sie wie bisher lediglich als Dienstmagd des Schuldners bzw. Besitzgehülfin thätig gewesen.

Aus der vertraglichen Bestimmung des Erfüllungsorts läßt sich nicht schließen, daß auch die thatsächliche Uebergabe dort erfolgt sei; die Bestimmung ist lediglich obligatorischer Natur. SeuffA. 55 10 (OLG. Braunschw.).

d) Wer eine in seinem Besitze befindliche fremde Sache als seine eigene verkauft und übergiebt, macht sich des Betrugs zum Nachtheile des Käufers nicht schuldig, wenn der Verkauf an einen gutgläubigen Dritten erfolgt, da in diesem Falle der Eigenthumsübergang auf den Dritten nicht gehindert wird. **RG. R. 02** 216 Nr. 1082. Dagegen ist der Eigenthumsübergang auf dem Wege des constitutum possessorium in einem derartigen Falle rechtlich unmöglich. **RG.** ebenda 537 Nr. 2533.

§ 930. 1. Wesen des constitutum possessorium. v. Schey 96. Zwei Auslegungen sind möglich: eine „bescheidene" wonach das pactum, welches hier die körperliche Uebergabe „ersetzt", nicht schon das Kausalgeschäft der Veräußerung ist, auch nicht ein bloßer Zusatz zu demselben, sondern ein selbständiger Vertrag über ein zweites Kausalverhältniß, welches es eben mit sich bringt, daß dieselbe Sache, welche vermöge jener ersten causa in Besitz und Eigenthum des Erwerbers überzugehen hat, gleichsam in demselben Augenblicke wieder in die zeitweilige Gewahrsame des Veräußerers zurückgelangt. Wird das Traditionsprinzip ernst genommen, so ist stets beim constitutum possessorium der Nachweis einer derartigen doppelten Kausalberedung zu fordern. Die nackte Erklärung des Veräußerers, er wolle von jetzt ab für den Erwerber besitzen, genügt nicht. — Eine andere ist in Anknüpfung daran, daß BGB. die causa beim dinglichen Rechtsgeschäfte grundsätzlich nicht beachtet, möglich. Da die Eigenthumsübertragung ein abstraktes Geschäft ist, so wird es auch das Rechtsgeschäft über den Besitz sein. Die „Vereinbarung" nach § 930 ist lediglich die abstrakte Einigung über die Uebertragung des „mittelbaren Besitzes". Das „Rechtsverhältniß" braucht nicht gerade durch eine besondere causa individualisirt zu werden; es genügt, wenn der Veräußerer schlechthin „berechtigt oder verpflichtet" wird, die Sache noch längere Zeit bei sich zu behalten. Der letzte Schritt ist dann zu sagen: so oft in dem Veräußerungsgeschäft eine spätere Lieferzeit bedungen erscheint, begründet dies eben ein „Rechtsverhältniß" im Sinne des Gesetzes. Ebenso v. Schey, Oesterr. Centralbl. **02** 361/2.

2. Entstehungsweise. Kohler 76. Kein Konstitut ohne mittelbaren Besitz, kein mittelbarer Besitz ohne Rechtsverhältniß (§ 868 BGB.). Es genügt ein constitutum simplex, d. h. ein Konstitut ohne Benutzungsrecht des unmittelbaren Besitzers — ein solches läßt sich ohne Verwahrungsverhältniß überhaupt nicht denken. — Dieses Ergebniß stimmt auch mit der Lehre vom Gefahrsübergange. Trotzdem BGB. in den §§ 323, 446 das germanische System angenommen hat, wonach die Gefahr erst mit der Uebergabe der Sache (Standpunkt der nutzlichen Innehabung), genügt es dem römischen, wonach sie schon mit dem Kaufabschluß übergeht (Standpunkt der Depositar-Innehabung), dadurch, daß es in den Fällen, wo der römische Gedanke richtig ist, ein Depositarkonstitut eintreten läßt, wodurch die Uebergabe sich vollzieht und damit zugleich die Gefahr übergewälzt wird (78). Das System paßt auch zur Konstruktion des Besitzes im BGB., wonach der unmittelbare Besitzer wirklicher Besitzer, nicht nur Detentor im Namen des mittelbaren Besitzers ist (78 ff.), und mit den Einzelheiten (79/80).

Ist das Konstitut auch in der Art möglich, daß der Eigenbesitzer zum Besitzgehülfen (§ 859) herabsinkt? Zweifellos! (81).

Aehnliches gilt bei der kurzhändigen Uebertragung (82). Noch mehr! Eine solche und ein Konstitut sind möglich kraft einer jeden Beziehung zur Sache, welche die faktische Unterlage des Besitzes bilden kann, selbst wenn diese Beziehung nicht so innig ist, daß sie zum Verhältnisse des Besitzgehülfen wird. Z. B.

ist der Gast weder Besitzer noch Besitzgehülfe bezüglich der Löffel, die man ihm vorlegt, u. s. w. Gleichwohl ist auch hier eine kurzhändige Uebertragung möglich und genügt der bloße Vertrag, also z. B. wenn mir der Hotelinhaber zuruft, ich könne das Zeitungsblatt, das ich mit Interesse verfolge, behalten, u. s. w. Gleiches gilt beim Konstitut: z. B. wenn ich im Café mein Leibblatt lese, kann ich mit dem Inhaber Eigenthumsübergang verabreden, womit ich in die Lage eines einfachen Lesers eines Hotelblatts herabsinke.

Im Rahmen des § 181 BGB. ist das Konstitut auch für Verträge mit sich selbst gestattet (Beispiele a. a. O 83—85). (Siehe auch unten Ziffer 4 b.)

3. Antezipirte Vereinbarung des noch nicht Besitzenden. Leonhard 45 ff. wendet sich gegen die in der Praxis des früheren Rechtes hervorgetretene Auffassung, wonach der Auftrag zum Erwerb als genügende Grundlage für eine das constitutum possessorium ermöglichende Vereinbarung zu betrachten sei, daß in solchem Falle das Eigenthum zwar zunächst auf den Mittler (s. o. zu § 929) übergehe, aber auch schon sofort auf den Herrn weiter übertragen werde. Demgegenüber betont er, daß der Veräußerer zur Zeit der Uebertragung die thatsächliche Gewalt haben muß; eine antezipirte Vereinbarung des noch nicht besitzenden Mittlers ist daher noch keineswegs eine dingliche Erfüllung, sondern erst ein bloßes persönliches Versprechen. Es bedarf immer noch einer selbständigen zweiten Uebertragung durch den Mittler an den Geschäftsherrn, — nicht deshalb, weil die Einigung nicht auch schon im Voraus geschlossen werden könnte, sondern weil nur Besitz verschaffen kann, wer selbst eine Herrschaft über die Sache ausübt (47).

4. Erfordernisse und Voraussetzungen des „Rechtsverhältnisses" — (s. auch oben Ziff. 2, 3). a) **RG. 49** 173, **JW. 02** Beil. 171; DJZ. **02** 101. Das im § 930 geforderte Rechtsverhältniß muß ein solches sein, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz nach § 868 erlangt. Aus den Einzelfällen dieser Vorschrift ergiebt sich der Schluß, daß nicht ein abstraktes constitutum possessorium als ein „ähnliches Verhältniß" beurtheilt werden darf, sondern daß hierfür weiter erforderlich ist, daß durch ein konkret bestimmtes obligatorisches oder infolge von Bestellung eines dinglichen Rechtes an der Sache entstandenes dingliches Rechtsverhältniß ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des sein Recht zum Besitze von dem Anderen ableitenden unmittelbaren Besitzers begründet sei. — Vgl. auch oben zu § 868 Ziff. 5. Wenn einmal, weil ein Eigenthumsvorbehalt nicht gemacht war, das Eigenthum der gelieferten Waare auf den Erwerber übergegangen ist, so kann die bloße nachträgliche Vereinbarung eines Eigenthumsvorbehalts nicht den geschehenen Eigenthumserwerb rückwärts wieder aufheben (s. auch u. OLG. Karlsr., Ziff. 6).

Aehnlich: **RG.** JZ. f. Elf.-Lothr. 27 314, **R. 01** 619, **02** 350. Für die Annahme eines zur Erlangung des mittelbaren Besitzes geeigneten oder eines im Sinne dieser Paragraphen ähnlichen Verhältnisses ist erforderlich, daß durch ein konkret bestimmtes obligatorisches oder durch ein dingliches Rechtsverhältniß, das zufolge der Bestellung eines dinglichen Rechtes an der Sache entstanden, ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungpflicht des sein Recht zum Besitze von dem Anderen ableitenden unmittelbaren Besitzers begründet ist.

b) Kah 283 erläutert den § 930, betont mit Strohal, Iherings J. 98 20, 22, 190, daß es kein abstraktes oder durch Vereinbarung antezipirtes Konstitut giebt. Die bloße Eingehung einer obligatorischen Verpflichtung, deren Haltung jeder Zeit gebrochen werden kann, vermag ein Besitzverhältniß und damit dingliche Wirkung nicht zu schaffen (284), und auch § 181 steht der Verneinung des abstrakten Konstituts nicht entgegen (284, 297 ff.) (s. auch o. Ziff. 2). Nach § 181 in Verbindung mit § 930 kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß der

Vertreter zwecks der Erfüllung seiner Verbindlichkeit mit dem durch ihn Vertretenen einen Vertrag schließt, wonach er den ferneren Besitz nur für den Vertretenen hat unter gleichzeitiger Kenntlichmachung dieses Verhältnisses, daß die Mobilie ihm nicht mehr gehöre (298). Daselbst auch Näheres über den Fall, daß der Vormund zur Erfüllung einer ihm gegen den Mündel obliegenden Verbindlichkeit ihm gehörige Gelder dem Mündel, der Einkaufskommissionär ihm gehörige oder von ihm im eigenen Namen erworbene Werthpapiere dem Kommittenten durch Konstitut übereignen (298/9).

Auch zur Sicherung einer Forderung ist das constitutum possessorium zuzulassen.

RG. 52 131 ff., JW. 02 Beil. 251. Kläger stand seit Jahren mit einem Kommissionär derart in Geschäftsverbindung, daß dieser für ihn Werthpapiere kaufte, verkaufte, auch als Selbstkontrahent an ihn lieferte und auf generelle Weise nach geschäftlichen Usancen für ihn in einer mit des Klägers Namen bezeichneten Mappe bzw. Schleife verwahrte. In eine solche Schleife legte der Kläger die im Prozeß in Anspruch genommene Aktie über 1200 Mark. Der Eigenthumsklage des Klägers wurde stattgegeben. Da dem Kläger ein Anspruch auf Beschaffung von Aktien (an Stelle früher abhanden gekommener) gegen den Kommissionär zustand, so geschah die Neubeschaffung der Aktie und die Einlegung in die Schleife des Klägers ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit des Kommissionärs gegenüber dem Kläger. Die nach § 930 erforderliche Eigenthumsübertragung ist in dem aus der Einlegung der Aktie in die mit dem Namen des Klägers versehene Schleife gemäß § 181 sich ergebenden Vertrage des Kommissionärs als dessen Vertreters mit sich selbst zu finden.

c) Kohler 74 ff. (s. auch o. Ziff. 2). Ein das constitutum possessorium ermöglichender Verwahrungsantrag wird stets dann vorliegen, wenn die Absicht der Parteien dahin geht, daß das Interesse der Sache von nun an völlig auf Seiten des Käufers oder Erwerbers liegen und die Bethätigung des bisherigen Eigenthümers nicht mehr eine egoistische, sondern lediglich eine altruistische, lediglich eine Thätigkeit im Interesse des Käufers sein soll. — Anders, wenn der Eigner Gegenstände veräußert, welche er noch zeitweise benutzen will (z. B. ein Buch, das er noch auslesen möchte). Hier ist constitutum possessorium, wonach der bisherige Eigner Entleiher bleiben will, möglich, allein nicht nothwendig, auch nicht gebräuchlich und verkehrsmäßig, — die Annahme, daß der Verkäufer, der im Genusse der Sache bleibt, auch weiter Eigner bleiben will, liegt näher. Anders beim Verwahrer. Es ergiebt sich der Satz: der Kauf enthält regelmäßig ein Konstitut, wenn der Verkäufer sich mit dem Vertrag allen Vortheils der Sache begiebt und nur noch im Interesse des Käufers weiter innehat, dagegen nicht, wenn die Weiterinnehabung des Verkäufers seine eigenen egoistischen Interessen befriedigen soll.

d) v. Tuhr 533 ff. meint: Bei Nießbrauch, Miethe, Pfandrecht ist das neue Rechtsverhältniß leichter festzustellen, als wenn behauptet wird, daß an Stelle des Kaufes Depositum oder Kommodat getreten ist. Z. B.: es sollte die Sache am 10. Januar geliefert und in Empfang genommen werden; am 8. Januar bittet der Verkäufer, die Sache noch 14 Tage behalten zu dürfen. Ist das Abschluß eines Leihvertrags (dann wäre das Eigenthum nach § 930 übergegangen), oder bloß Abänderung der Lieferungsfrist? Oder umgekehrt: der Käufer bittet den Verkäufer, die Sache noch 14 Tage zu behalten. Ist damit ein Depositum abgeschlossen und daher das Eigenthum ohne Tradition übergegangen? Man wird die Umwandlung eines Kaufes in ein anderes Rechtsverhältniß nicht leicht annehmen dürfen, solange die Rechte und Pflichten der Parteien im Rahmen des Kaufes noch Platz finden, weil damit u. U. noch eine

Reihe von Rechtswirkungen eintreten würden, welche in vielen Fällen von den Parteien gewiß nicht gewollt sind (Beispiele 534).

c) Zu den „Rechtsverhältnissen" gehört auch die Leihe des § 598. Die Benennung „Leihe" und den Kalendertag der Besitzbeendigung braucht der Veräußerungs-Vertrag nicht zu enthalten, es genügt die Abrede, wonach der Verkäufer die Maschine bis zur Zahlung einer bestimmten Summe „unentgeltlich im Besitz und Genuß" behält. Selbst wenn die Eigenthumsübertragung geradezu die Sicherung des Erwerbers für seine Forderung bezweckt und somit eigentlich die Rechtsform einer Pfandbestellung gewählt werden sollte, folgt daraus noch nicht die Unwirksamkeit des Konstituts. OLG. Karlsruhe, R. 02 508 Nr. 2337.

5. Constitutum possessorium und Sicherungskauf. RG. JW. 02 Beil. 259. Die sogenannten Sicherungskaufverträge, wonach der Schuldner seinem Gläubiger in Anrechnung auf dessen Forderung Mobiliargegenstände mit der Maßgabe verkauft, daß er als Miether im Besitze der Sachen bleibt und unter gewissen Voraussetzungen das Rückkaufsrecht hat, sind auch nach BGB. gültig. Dies folgt schon aus § 930; entgegenstehende gesetzliche Vorschriften bestehen nicht; die §§ 1205, 1253 Abs. 2 bilden kein Verbotsgesetz.

Ebenso Lilienthal, DJZ. 02 544. Kein Gesetz schreibt vor, daß man einen Gläubiger nur durch Bestellung eines Pfandrechts oder nur durch Sachen sichern dürfe, die in den unmittelbaren Besitz des Käufers gelangen. Der Schein der Kreditwürdigkeit des Veräußerers ist sowieso mit jedem constitutum possessorium verbunden, wenn die Uebertragung auch nicht zum Zwecke der Sicherung erfolgte.

Der mit dem Konstitute häufig verfolgte Zweck der Sicherung des Erwerbers wegen einer Forderung steht der Gültigkeit an sich nicht entgegen. Planck Anm. 4.

Ebenso Kah s. o. zu Note 4 b.

6. Einzelne Fälle aus der Praxis.

Die Uebergabe an den Zweitkäufer wird dadurch ersetzt, daß der Käufer der Sache diese von seinem Verkäufer übernimmt und gemäß der Abrede mit dem Abkäufer fortan für ihn verwahrt. Die Vereinbarung der Verwahrung kann vor der Erlangung des Besitzes seitens des Käufers aus der Hand seines Verkäufers getroffen werden. Ihre Rechtswirkung für den Käufer tritt mit der Uebergabe an den ersten Käufer ein. OLG. Breslau, R. 02 589 Nr. 2682.

Wenn die Parteien einem Kaufvertrage nach dem Uebergange des Eigenthums auf den Käufer durch Tradition die Vorbehaltsklausel des § 455 beifügen, ohne daß die Sache wieder in den wirklichen Besitz des ursprünglichen Verkäufers zurückverbracht wird, so liegt darin ein constitutum possessorium. Dieses erfordert zur dinglichen Wirksamkeit den Nachweis der Vereinbarung eines für die Besitzbelassung beim ursprünglichen Käufer kausalen Rechtsverhältnisses; die Klausel des nachträglichen sog. Eigenthumsvorbehalts genügt hierfür nicht. OLG. Karlsr., R. 02 589 Nr. 2683 (s. auch o. RG. Note 4 a).

Die bloße Erklärung, fortan im Namen des Erwerbers besitzen zu wollen, genügt nicht. LG. Dresden, R. 01 311 Nr. 1167.

Ein Ehemann hatte seiner Frau Sachen in der Weise übereignet, daß sie als eingebrachtes (nicht vorbehaltenes) Vermögen in seiner ehemännlichen Verwaltung und demzufolge auch in seinem bisherigen Besitz und in seiner freien Verfügung verblieben und die Frau als Erwerberin dem Manne leihweise als deren bisherigem Besitzer diese Sachen überließ. Wenn nun auch sehr wohl ein Besitz aus zwei verschiedenen Titeln rechtlich möglich und der Leihvertrag nicht rechtsunwirksam ist, so entsteht hier doch die Frage, ob nicht des Leihvertrags ungeachtet durch das ehemännliche Verwaltungsrecht die Besitzüber-

gabe durch Konstitut unmöglich gemacht worden war. Diese Frage ist zu bejahen. Einmal hat die Leihe keine selbständige Bedeutung, weil ihre Wirkungen beschränkter wären als die dem Manne auf Grund seines Verwaltungsrechts verbliebene Besitznahme. Sodann steht die Uebergabeerklärung in diesem Vertrage mit den thatsächlichen Verhältnissen derart in Widerspruch, daß das Vorhandensein des Besitzübergabewillens verneint werden muß. — So für das ALR. **RG. 48** 318 ff.

7. Ueber das Verhältniß der §§ 930 ff. zu den §§ 956, 957 s. unten von Jacubezky zu § 957 Note 1e.

§ 931. Allgemeines. 1. Nach Kohler 86 ff. steht auch hier das BGB. „auf der Höhe seiner Zeit". Bezüglich der Uebertragung des Eigenthums an solchen Gegenständen, an denen der Uebertragende nicht einmal mittelbaren Besitz hat, ist das Gesetz am kühnsten über die meisten seiner Vorgänger hinausgeschritten. Die Uebertragung der Vindikation ist nur die Form, um die Eigenthumsübertragungserklärung abzugeben, in der That geht Eigenthum über durch bloßen Vertrag.

Wie aber steht es, wenn die Sache völlig besitzlos geworden ist, da doch der Eigenthumsanspruch streng genommen einen dritten Besitzer voraussetzt? (Z. B. meine Sache ist in eine Gletscherspalte gefallen, oder dgl.?) Auch hier überträgt die Zession des Anspruchs das Eigenthum. Wenn auch die rei vindicatio im Moment eine bloß latente ist, so können doch auch latente Ansprüche übertragen werden. Vgl. auch Buhl 60, dagegen aber Cosack II § 199 IV 2, Planck Anm. 2.

Der Grund, weshalb das Gesetz die Form der Uebertragung der Vindikation gewählt hat, so daß der neue Eigenthümer nicht zum Inhaber einer eigenen, ganz anderen Vindikation wird, ist der: das Eigenthum soll übergehen, belastet in dergleichen Weise, wie wenn die rei vindicatio des Tradenten übertragen worden wäre: welche Einwände der bisherigen rei vindicatio entgegengestellt werden könnten, eben diese können dem neuen Eigenthümer entgegengehalten werden, wenn er sein Eigenthum geltend macht und die rei vindicatio aus seinem Rechte anstellt. Dies ergiebt sich ganz klar aus § 986 Abs. 2. Diese Bestimmung ist gegeben, um die rei vindicatio des Erwerbers mit den gleichen Einwänden zu belasten, als ob sie die zedirte rei vindicatio des Veräußerers wäre; sie zeigt zugleich, daß die Annahme, als ob das Eigenthum durch Uebertragung der rei vindicatio überginge, nur eine konstruktive ist und nur eine Art von Fiktion enthält (90).

Näheres über den § 986 und sein Verhältniß zu anderen Vorschriften s. a. a. O. 90 ff. und unten zu § 986.

2. Der Anspruch auf Herausgabe. Nach Neuburger, Eigenthumserwerb durch Anspruchsabtretung (Diss. Tübingen, 1901), ist „Anspruch auf Herausgabe" im § 931 keine einheitliche Bezeichnung, er ist

a) die Vindikation,
b) der obligatorische Anspruch auf Herausgabe, der dem mittelbaren Besitzer gegen den unmittelbaren Besitzer zusteht (so auch Strohal in Iherings J. 38 93).

3. Die Abtretung des Anspruchs (Einzelheiten). a) Die Abtretung ist ein dinglicher Vertrag, sie schafft nicht erst eine obligatorische Wirkung, bedeutet vielmehr schon die „Verfügung" über das abgetretene Recht. Demgemäß enthält auch die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe nach § 931 schon die Verfügung über die herauszugebenden Sachen selbst und ersetzt die körperliche Uebergabe, unabhängig davon, ob sich der Erwerber im Anschluß an die Abtretung nun auch sogleich den unmittelbaren Besitz der Sachen ver-

schafft, oder ob er sich andererseits einstweilen mit dem mittelbaren Besitze begnügt und etwa dem Veräußerer den unmittelbaren Besitz beläßt. Das durch die Abtretung selbst für den Erwerber einmal entstehende Eigenthum kann mithin durch einen Vorgang der letztbeschriebenen Art auch nicht wieder beseitigt werden. OLG. 2 81 (KG.).

b) **RG. 52** 394. Die Abtretung des Anspruchs im § 931 muß individuell bestimmte Sachen zum Gegenstande haben. Anderen Falles kann die beabsichtigte dingliche Wirkung dieser Abtretung unmittelbar nicht eintreten und derjenige, zu dessen Gunsten die Abtretung erfolgt, durch letztere selbst unmittelbar nicht Eigenthümer bestimmter Sachen werden. Dies gilt namentlich für Rechtsgeschäfte, welche sich nur auf nicht individuell bestimmte Bestandtheile eines Waarenlagers bezogen haben, selbst wenn nach der Absicht der Parteien durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs Eigenthum hat übertragen und nicht bloß ein Pfandrecht hat begründet werden sollen.

c) Kah 295 ff. erörtert die Frage: Ist der abzutretende Anspruch mit dem des § 870 identisch? Dort bloß Besitzverschaffung, hier Ersetzung der Eigenthumsübergabe und Aehnliches.

d) Der Kenntnißgabe der Abtretung an den unmittelbaren Besitzer bedarf es nicht. **RG. R. 01** 311 Nr. 1168.

4. Abtretung, Anweisung. v. Tuhr 535 paraphrasirt den § 931 und macht auf den § 407 Abs. 1 aufmerksam. Wenn der Besitzer ohne Kenntniß von der Abtretung die Sache an den alten Eigenthümer zurückgiebt, so ist er nach § 407 Abs. 1 dem Erwerber gegenüber frei von Haftung, der Erwerber muß nun sein Eigenthum gegen den Veräußerer geltend machen; dieser ist infolge seiner mala fides nicht wieder Eigenthümer geworden. Jedenfalls thut auf dem Wege des § 931 der Erwerber gut daran, den Besitzer möglichst bald von der Zession des Anspruchs in Kenntniß zu setzen.

Auf demselben Grundgedanken wie § 931 beruhen §§ 425, 450, 647 HGB. (536).

Von der Zession wohl zu unterscheiden ist die Anweisung des Eigenthümers an den unmittelbaren Besitzer, fortan zu Gunsten eines Dritten zu besitzen; da hier nur eine Ermächtigung nach §§ 783, 784 BGB. besteht, so fehlt hier das Fundament, auf welchem die Machtstellung des Zessionars und sein Eigenthumserwerb nach § 931 beruht (537).

5. Isay, Geschäftsf. 293 will § 931 auch anwenden, wenn der Dritte nur Besitzdiener ist. Vgl. auch oben Kohler zu § 930 Note 2.

6. Aus der Praxis. Darin, daß der Verkäufer die verkaufte, bei einem Spediteur lagernde Waare dem Käufer zu seiner Verfügung stellt und ihm einen Verfügungsschein betreffs der Waare übergiebt, liegt nicht nur eine jeder Zeit widerrufliche Anweisung an den Spediteur nach § 783, sondern eine Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den Spediteur nach § 931. Demgegenüber ist für die Frage des Eigenthumsüberganges unerheblich, daß die Beklagte dem abgetretenen Herausgabeanspruche nur Folge zu geben braucht, wenn sie ihre Kosten (die auf den Hölzern lastenden Spesen) ersetzt erhält; denn der Herausgabeanspruch ist unbedingt abgetreten. **RG. 49** 100, JW. **01** 831.

§ 932. 1. Wendt 2 ff. über Unterschiede und Berührungspunkte mit dem früheren Rechtszustande.

2. Ausgangspunkt. Wendt 4, 5, 21 ff. Ausgangspunkt ist der Satz, daß durch den guten Glauben des Erwerbers von den gewöhnlichen Erfordernissen des Eigenthumserwerbes gerade nur das Eigenthum des Veräußerers gleichgültig gemacht wird, der gute Glaube aber nicht im Stande ist, dort einen Erwerb zu vermitteln, wo auch a vero domino nichts übertragen sein würde (ebenso 23). —

Indem zur Uebertragung des Eigenthums im § 929 nur der consensus de dominio transferendo und die Uebergabe der Sache gefordert wird, ist auf diese alleinigen Voraussetzungen auch im § 932 ausdrücklich verwiesen, und nur guter Glaube, nicht auch justa causa traditionis, ist als Ersatz für das fehlende Eigenthum des Veräußerers aufgestellt; das Wort des redlichen Erwerbes aber ist überhaupt nicht mehr benutzt. Sollte es die Theorie wiederholen, so ist auszusprechen, daß nur ein subjektives, nicht auch ein objektives Moment damit beschrieben werden soll. Der gute Glaube bedeutet nichts als einen Irrthum, ein Nichtwissen des Erwerbenden, und zwar ein solches, das nicht als grobe Fahrlässigkeit angerechnet werden kann. — Dieses Moment hebt er besonders gegenüber den Dernburg-schen Ausführungen — Bürg. Recht III § 97 unter 4 — hervor, wo nicht genügend betont sei, daß culpa levis nicht den guten Glauben ausschließt.

Entgegen Dernburg, der das Wesen der bona fides als etwas Positives, nämlich die Meinung rechtmäßigen Erwerbes bestimmt, hält er an dem Wortlaute des Gesetzes fest, daß ein Nichtwissen das Wesen des guten Glaubens ausmache, solange nur zur Begrenzung hinzugefügt werde, daß Nichtwissen aus grober Fahrlässigkeit von der Berücksichtigung ausgeschlossen bleibe (7).

3. Grundlage. Wendt 21 ff. Der Glaube, Eigenthum erworben zu haben, reicht als solcher niemals aus. So bildet also eine in Wirklichkeit stattgehabte Veräußerung, Vertrag und Uebergabe der Sache, die unerläßliche Grundlage. Ein Putativtitel im Sinne des gemeinrechtlichen error falsae causae genügt nicht.

Weiter können auch die Mängel des Rechtsgeschäfts nicht durch den guten Glauben ausgeglichen werden.

Zunächst nicht die Veräußerungsunfähigkeit des Veräußerers (s. auch Noten zu 5). Der gute Glaube ist nicht im Stande, einen Erwerb von einem Minderjährigen oder einem Wahnsinnigen gültig zu machen, selbst wenn justissima causa ignorantiae vorliegen würde. Dieser Satz ist insbesondere auf die Thatbestände der §§ 110, 112, auch auf sonstige Nichtigkeitsgründe, §§ 134, 1229, Verstöße gegen die guten Sitten, auf die Anfechtbarkeit des Uebertragungsgeschäfts in KO. §§ 42, 6, 7, 15, BGB. §§ 892, 893, 119, 120, 123 anzuwenden. (Näheres a. a. O. 23—27.) Eine Besonderheit bietet der § 926 (27 ff.), wo gutgläubiger Erwerb a non domino nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes eintreten soll. Für den guten Glauben ist hier nach Abs. 2 die Zeit der Besitzerlangung maßgebend. Die Ausnahme von der Grundregel besteht darin, daß nicht, wie im § 929, der volle Thatbestand der Eigenthumsübertragung gefordert wird. In Ansehung von Zubehörstücken beweglicher Sachen dagegen ist überhaupt keine Ausnahme von dem Traditionsprinzipe gemacht.

Buhl 63. Man darf aus dem Wortlaute des Gesetzes nicht etwa schließen, daß auch die zum Zwecke der Veräußerung vorgenommene Uebertragung durch einen Nichteigenthümer an sich den Erwerber zum Eigenthümer macht und er nur dann sein Eigenthum erwirbt, wenn er nicht in gutem Glauben ist; der gute Glaube ist zwar die wesentliche Voraussetzung des ausnahmsweisen Rechtserwerbes des redlichen Erwerbers, aber nicht der böse Glaube ein Ausschließungsgrund. Ebenso Dernburg, Bürgerl. Recht III 91.

v. Tuhr 537, der eine Uebersicht über den früheren Rechtszustand, insbesondere des französischen Rechtes giebt, hebt 541 hervor: nach § 932 wird der Eigenthumserwerbsgrund, der Titel, nicht wie im französischen Rechte durch den gutgläubigen Besitz ersetzt, er muß vielmehr vorhanden sein; es wird nur ein Fehler des Titels, das fehlende dominium autoris, durch die bona fides des Erwerbers geheilt.

Andererseits wird der gutgläubige Erwerber Eigenthümer mit allen Konsequenzen dieser Rechtsstellung.

Extensive Interpretation ist unzulässig; andere Mängel des Veräußerungsgeschäfts, außer dem Fehlen des dominium autoris, werden durch den guten Glauben nicht gedeckt, insbesondere nicht die fehlende oder beschränkte Geschäftsfähigkeit des Veräußeres, Nichtvorhandensein einer vom Erwerber vorausgesetzten Befugniß des Veräußerers, über fremdes Eigenthum zu verfügen. Sonderbestimmungen sind §§ 170—173 BGB., 367 HGB. (543 f.), ferner nicht der Fall der Veräußerungsbeschränkung. Hier bisweilen Hülfe durch analoge Anwendung, z. B. in §§ 160, 135, 136 § 7 KO. (544 f.).

4. Ueber die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums: Wendt 12 ff. Eine allgemeine Mißbilligung des Rechtsirrthums hat das Gesetz an keiner Stelle ausgesprochen. Maßgebend ist allein der Satz, daß grobe Fahrlässigkeit den guten Glauben ausschließt. Die bequeme Möglichkeit der Rechtsbelehrung hat dabei von selbst ihre Bedeutung. Wer Rath gesucht hat, dem wird man keine Fahrlässikeit vorwerfen können, auch demjenigen nicht, welcher keine Gelegenheit hatte, sich an prudentiores zu wenden. (Näheres a. a. O.) Gegenüber Dernburg betont er, daß der Grund, weshalb der Irrthum über die Veräußerungsfähigkeit den Erwerb nicht gültig machen kann, mit der „Grundidee des guten Glaubens" überhaupt nichts zu thun hat.

5. Derivativer und originärer Erwerb.

a) Kohler 97 ff. über den Grund, weshalb der Satz „Hand muß Hand wahren" in den Fällen der §§ 933, 932, 934, 936 Abs. 3 nicht zutrifft: weil der Erwerb kraft dieses Satzes kein sukzessorischer, sondern ein originärer ist; er verlangt daher eine Besitzhandlung, welche Besitzerwerbshandlung wäre, auch wenn keine Tradition in Frage stände, sondern ein einseitiger Besitzerwerb nach Art der Okkupation. (Näheres 98.) Daher scheiden die Fälle aus, wo gar kein Besitzerwerb stattfindet (Uebertragung der Vindikation, Konstitut, auch die kurzhändige Uebergabe, wo der unmittelbare Besitzer Detentionsbesitzer für einen Dritten ist). Anders der Fall des Besitzerwerbes durch Anweisung, sobald die Erklärung des Detentionsbesitzers erfolgt, nunmehr für den Erwerber besitzen zu wollen, was unmöglich ist, wenn dieser kraft eines dinglichen Rechtes besitzt; z. B. wird der als Pfandleiher Besitzende, wenn das Eigenthum durch Anweisung übertragen wird, dem neuen Eigenthümer keineswegs völlig zu Willen sein wollen. (Näheres 98 f.)

b) Wendt 18 ff.: Wer von einem Minderjährigen oder Geisteskranken erwirbt, erlangt trotz guten Glaubens kein Eigenthum, auch wenn es sich nicht um Rechtsirrthum, sondern um Thatsachenirrthum dabei handelt. Der gute Glaube soll wohl den Mangel im Rechte des Veräußerers ausgleichen, verlangt aber im Uebrigen doch den vollen Thatbestand des Veräußerungsgeschäfts. Es ist also gegen Enneccerus-Lehmann II § 22 unter 4 (79) und Anderen mit Endemann II § 81 Anm. 12, 13 anzunehmen, daß das BGB. bei der Eigenthumsübertragung doch in gewissem Umfang einen derivativen Erwerb noch kenne: der Rechtserfolg hängt vom Eigenthume des Veräußerers ab.

c) Kah: In den Fällen der §§ 932, 936 liegt derivativer Erwerb vor. Das Uebertragungsgeschäft setzt zu seiner Gültigkeit die Geschäftsfähigkeit des Veräußerers voraus (329).

§ 932 gelangt nicht zur Anwendung, wenn dem Erwerber das Nichteigenthum des geschäftsfähigen Veräußerers bekannt war, wenn er den letzteren aber als handlungsbefugt ansah. Der als Nichteigenthümer dem Erwerber bekannte Veräußerer erscheint nicht als Eigenbesitzer (329 f.).

6. Erwerb von einem Vertreter. Leonhard 107 — s. auch oben zu § 929 Note 7 —: Tritt dem Erwerber Jemand als Vertreter entgegen, so muß es genügen, daß er den Vertretenen für den Eigenthümer hält und halten kann. Es

ist bedeutungslos, daß etwa der Vertreter im eigenen Namen handeln wollte. Ebenso kommt es im umgekehrten Falle, wo der Veräußerungsvertrag auf den Namen des Mittlers gestellt ist, nur darauf an, was der Empfänger von dessen Eigenthum gedacht hat. — Das Offenheitsprinzip ist hier auch überall in obligatorischer Beziehung durchaus nothwendig. Wer von einem Mittler kauft, muß unbedingt wissen können, wer ihm als Verkäufer gegenübersteht, sowohl wegen seiner Rechte, als auch wegen seiner Pflichten aus dem Vertrage (108).

7. Grobe Fahrlässigkeit. Wendt 7 ff.: Was die grobe Fahrlässigkeit anlangt — s. darüber auch Wendt, A.civPr. 87 448, oben Note 4 und zu § 276 Note 1 —, so kommt nicht nur der Maßstab des § 276, sondern auch in Betracht, ob das Verhalten des Erwerbers den Vorwurf verdient, sich der Einsicht in die Verhältnisse und dem entscheidenden „Wissen" leichtfertig entzogen zu haben. Als Prüfstein wird man im einzelnen Falle immer die Annäherung von Vorsatz und Absicht sich vor Augen halten können, ob nicht wenigstens Verdacht und gar Wahrscheinlichkeit des Wissens vorhanden ist, um daraufhin von grober Fahrlässigkeit zu sprechen. Besteht auch eine eigentliche Erkundigungspflicht für den Erwerber nicht, so macht er sich doch grober Fahrlässigkeit schuldig, wenn er die aus der Art der Veräußerung sich aufdrängenden Verdachtsmomente unberücksichtigt läßt.

9 ff. Ueber das Verhältniß der §§ 932, 935 BGB. zu den §§ 259 ff. RStGB., die für Geld und Inhaberpapiere (§ 935) von Bedeutung werden können. Hier liegt ein Konflikt vor, weil civilrechtlich erst die grobe Fahrlässigkeit den Eigenthumserwerb ausschließt, strafrechtlich aber schon die levis culpa die Strafbarkeit des Erwerbers begründet, wobei die Praxis künftig den § 122 Abs. 2 BGB. zu Grunde zu legen hat, — eine üble Situation.

v. Tuhr: der Erwerber hat eine nach Umständen zu bemessende Erkundigungspflicht in Bezug auf das Eigenthum des Veräußerers resp Herkunft der Sache. Speziell § 367 HGB. — Wegfall der Erkundigungspflicht in §§ 2366, 2370 (542).

Kah 328: das einfache „Kennenmüssen" (§ 122 Abs. 2) genügt nicht. Der Vorwurf leichtsinniger Unkenntniß muß begründet sein.

Der Eigenthümer hat den bösen Glauben des Erwerbers zu beweisen (ebenso §§ 851, 1006, 1007).

8. Anwendungsgebiet (Positiv). Wendt 12. Die Regeln des gutgläubigen Erwerbes sind nach zwei Seiten hin über den Normal- und Musterfall (Unkenntniß, daß die Sache dem Veräußerer nicht gehört, s. auch 38) zur Anwendung zu bringen: a) einmal bei Erwerb vom wirklichen Eigenthümer, dem trotz seines Eigenthums die Befugniß zur Veräußerung fehlen kann, b) ferner beim Erwerbe vom Nichteigenthümer, der aber auch gar nicht für den Eigenthümer angesehen worden ist. So daß also in ganz allgemein anwendlicher Fassung überhaupt nur von der Unbekanntschaft mit denjenigen Umständen gesprochen werden kann, welche dem Erwerb an sich entgegenstehen.

Hierzu Näheres a. a. O. 38 ff. Alle auf den § 932 Bezug nehmenden Bestimmungen sprechen ganz abstrakt von dem „Nichtberechtigten"; es handelt sich ja auch nicht bloß um Eigenthumserwerb, sondern auch um Nießbrauch und Pfandrecht, welche dem Erwerber der Sache unbekannt geblieben sein können; der Ausdruck faßt auch § 936 zugleich mit § 932 zusammen, obwohl er für § 936 in gewissem Sinne gar nicht zutrifft. — In Wahrheit hat aber die Verallgemeinerung eine viel umfassendere Bedeutung; es kommen neben den §§ 932, 936 auch noch andere Rechtssätze in Betracht, zunächst §§ 1032, 1207, 1208, 1244, ferner aber diejenigen Rechtssätze, in welchen die Grundsätze des gutgläubigen Erwerbes in der obigen Fassung für anwendbar erklärt werden. Da-

mit entsteht die Frage nach dem Umfange dieser Anwendbarkeit. Hierbei ergiebt sich die Unterscheidung der beiden oben genannten Gruppen.

a) Erwerb vom Eigenthümer (41 ff.). Wie ist das gemeint: „der Eigenthümer als Nichtberechtigter"? Zunächst natürlich im Sinne des § 936, mit der einen Ausnahme des Abs. 3. Weiter geht noch § 986 Abs. 2. (Näheres a. a. O.) — Hauptsächlich aber kommen die Fälle in Betracht, wo die Veräußerung, obwohl sie vom Eigenthümer selbst vorgenommen ist, dennoch unwirksam bleiben mußte, sofern nicht dem guten Glauben des Erwerbers die die Mängel ausgleichende Kraft zukäme, die aber (s. oben) nicht in den Essentialien des Veräußerungsgeschäfts liegen dürfen. Das „Nichtrecht" darf auch hier nur das Eigenthum des Veräußerers betreffen (42 ff.).

α. Es sind die Fälle, wo der Veräußerer in Ansehung der Veräußerung und Verfügung als gebunden erscheint: Veräußerungsverbote, die nicht Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts begründen (§ 134), sondern „nur den Schutz bestimmter Personen bezwecken" (§ 135); hier tritt auch der Schutz gutgläubiger Personen in Kraft (Abs. 2). Auch ist nur der Ausdruck „Unwirksamkeit" gewählt. Diesem Sprachgebrauch ist auch der § 7 KO. angepaßt (§ 6 KO. alte Fassung); ferner § 15 KO. (Näheres a. a. O. 43/44.) — Weitere relative Veräußerungsverbote im Erbrechte des BGB. (44 ff.): Schutz des Nacherben gegenüber dem Vorerben §§ 2113, 2129 BGB. Der gute Glaube kann sich hier theils als das Nichtwissen, daß überhaupt eine Nacherbfolge angeordnet ist, bethätigen, theils sich auf die Unentgeltlichkeit der Verfügung beziehen und deren besondere Art, theils auch nur als Rechtsirrthum erscheinen, daß dem Vorerben solche Beschränkungen auferlegt sind, und überall wird es sich nur noch um die Erwägung etwaiger grober Fahrlässigkeit handeln. — Ferneres Beispiel beim Testamentsvollstrecker: § 2211 BGB. (a. a. O. 46). — Veräußerungsverbote, die von Behörden, insbesondere Gerichten ausgehen (§§ 135, 136), einstweilige Verfügungen der CPO. (47). — Im BGB. noch Anordnung einer Nachlaßverwaltung (§§ 1984 BGB., 6, 7 KO., a. a. O. 47). — Um Verfügungsbeschränkungen zum Schutze bestimmter Personen handelt es sich auch im Eherechte: sowohl der gesetzliche Güterstand als auch die Möglichkeit irgend welcher Gütergemeinschaft sind zu berücksichtigen; in beiden Gruppen ist die Frau (außer bezüglich ihres Vorbehaltsguts) in ihren Verfügungen durch die Rechte des Mannes beschränkt (§§ 1373, 1374, 1395 — 1443 — 1519 — 1549), eventl. auch der Mann (§§ 1442, 1444—1446). Für die Praxis sind vornehmlich also die einseitigen Verfügungen der Ehefrau zu berücksichtigen. Der gute Glaube kann hier in den verschiedensten Formen auftreten, sowohl als error facti, sei es in Ansehung der Zugehörigkeit der veräußerten Sache zum eingebrachten Gute oder Gesammtgute, sei es als irrthümliche Annahme eingetretener Gütertrennung, sei es als Irrthum über das Verheirathetsein der Frau, die als unverehelicht angesehen ist, wie auch als error juris über die Grenzen der Verfügungsgewalt des Ehemanns. Der Anwendbarkeit des § 136 und seiner Konsequenzen (s. oben) steht die positive Vorschrift des § 1404 entgegen; was von dem Falle des Irrthums über das Verheirathetsein gilt, ist auf alle Fälle auszudehnen, und der § 1404 ist auch auf Gütergemeinschaften anzuwenden. — Eine Besonderheit noch im Falle der §§ 1435, 1431 (49). — Dagegen ist die Frau, wenn der Mann die Grenzen seiner Verfügungsgewalt überschreitet, nicht in gleichem Maße gegenüber gutgläubigen Erwerbern sicher gestellt: im § 1448 ist nicht auf § 1404 verwiesen (50).

β. Es kommt weiter in Betracht die Rechtslage des revokablen Eigenthums (50 ff.): Die rechtlichen Folgen von Bedingungen und Zeitbestimmungen der Veräußerungsgeschäfte, sowohl bei suspensiven als auch resolutiven

Bestimmungen. Die Rechtslage ist die, daß zwar vom wirklichen Eigenthümer die Sache veräußert oder belastet ist und insofern der Verfügung kein Mangel anhaftet, daß aber die Revokabilität des Eigenthums bei ungünstiger Entscheidung der Bedingung doch zu diesem Ergebnisse führt, gleichwie wenn von einem Nichteigenthümer verfügt worden ist. Hier ist die Anwendbarkeit der Vorschriften ausdrücklich verfügt. — Entsprechend sind die Verfügungen des Eigenthumsanwärters, dem mit Entscheidung der Bedingung das Eigenthum erst zufallen wird, zu behandeln (a. a. O. 52).

γ. Fall des § 325 CPO., insbesondere Abs. 2.

δ. In dem § 142 Abs. 2 findet Wendt — a. a. O. 53 ff. — gegen Biermann, Komm. zu § 932 Ziff. 2c, — aber nur eine gewisse Aehnlichkeit der Rechtssätze mit denen des § 932; es kommen dort lediglich die eigenen Regeln der Anfechtbarkeit in Betracht, nicht eine entsprechende Anwendung des § 932 ist vorgeschrieben.

b) Erwerb vom Nichteigenthümer. — Als weiteres Unterscheidungs- und Eintheilungsmerkmal ergiebt sich hier, ob der Erwerber das Nichteigenthum seines Auktors gekannt oder nicht gekannt hat. Auch wer gewußt hat, vom Nichteigenthümer zu erwerben, kann immer noch als gutgläubig erscheinen; nur die Richtung des guten Glaubens ist hier eine andere. Wer an die Verfügungsberechtigung des betreffenden Kontrahenten, von welchem er die Sache ausgehändigt bekommt, glaubt, ist immer noch in gutem Glauben, auch wenn er sehr wohl gewußt hat, daß jenem selbst die Sache nicht gehört hat (56 ff.). Es sind zu unterscheiden:

α. Erwerb vom vermeintlichen Eigenthümer (57 ff.): Der eigentliche Musterfall der §§ 932, 1032, 1207 BGB. — Besondere Fälle: BGB. §§ 2366, 2367 (Erbschein!). Die Steigerung der gewöhnlichen Regeln über den gutgläubigen Erwerb beruht darin, daß nur das Wissen um die Unrichtigkeit des Erbscheins den guten Glauben ausschließt. Im Uebrigen bildet Zugehörigkeit des Gegenstandes zur Erbschaft eine notwendige Voraussetzung; der Erbschein muß, — mag er auch erschlichen sein, — echt sein; wer durch einen gefälschten Erbschein getäuscht ist, kann sich nur auf § 932 berufen (60). Gleiches gilt bei der Todeserklärung für §§ 2370, 18 BGB. (60).

β. Veräußerer als Nichteigenthümer gekannt (61 ff.). Der gute Glaube besteht hier in der irrthümlichen Annahme einer in Wirklichkeit nicht vorhandenen Verfügungsgewalt. Die Frage ist, ob hier der gute Glaube ebenfalls die fehlende Berechtigung des Veräußerers auszugleichen im Stande sei. Bisher ist als selbstverständlich angenommen worden, daß § 366 HGB. eine handelsrechtliche Besonderheit enthalte. Es kommen folgende Fälle in Betracht.

αα. Vor Allem das Pfandrecht (62 ff.). Nach § 1228 begründet das Pfandrecht an Mobilien das Verkaufsrecht. Wer, ohne Pfandrecht zu haben, dennoch eine Sache als Pfand veräußert, ist ein „Nichtberechtigter" in dem hier besprochenen Sinne. Weiter ausdehnend § 1244 (63 ff.).

ββ. Obligatorische Verhältnisse, welche in gleicher Weise Pflicht und Recht begründen: das vendendum dare, ein mit der Ermächtigung, über das Empfangene zu verfügen, ertheiltes depositum, das Mandat und die Kommission, die den Verkauf von Sachen zum Gegenstande haben, u. s. w. (64 ff.). Hier kann überall nur putative Veräußerungsbefugniß vom Erwerber vorausgesetzt sein, und es entsteht die Frage der ausgleichenden Kraft des guten Glaubens. Fall des gestatteten Fruchterwerbes § 956 Abs. 2 (65/6). Die Gestattung kann von einem ausgehen, dem die Berechtigung dazu fehlt. Hier ist der § 957 von großer Tragweite und Bedeutung; er bringt die Bestätigung der Auffassung, daß alle irrthümlich und in gutem Glauben vorausgesetzte Verfügungs-

gewalt vollkommen in gleicher Weise zu beurtheilen ist, daß stets der gutgläubige Erwerb Eigenthum verleiht, auch wenn der Irrthum sich nur auf die Verfügungsgewalt bezieht. Auch der streitige Fall angenommener Bevollmächtigung oder Einwilligung darf nicht anders beurtheilt werden. § 366 HGB. enthält nicht handelsrechtliches Sonderrecht (67 ff.). Die „entsprechende Anwendung", die § 932 so allgemein vorschreibt, ist im einzelnen Falle nicht willkürlich angeordnet, sondern folgt dem Grundsatz als solchem (69). Die Sätze der §§ 932, 936 sind ganz allgemeiner analoger Anwendung fähig (69 ff.), wenn auch das Gesetz nicht sämmtliche einzelnen Möglichkeiten überschaut und an die Hand gegeben hat.

So vor Allem also analoge Anwendung auch für die §§ 177, 185. Der § 185 hat nur für diejenigen einen Werth, welche nicht als gutgläubige Erwerber ganz unabhängig von Einwilligung und Konvaleszenz sind (72). Gegen Dernburg (a. a. O. § 103 Anm. 1) ist anzunehmen, daß auch innere Gründe hierfür sprechen; der Grund Dernburgs, wer sich mit einem Bevollmächtigten einlasse, müsse die Vollmacht prüfen, ist nicht stichhaltig (72 ff.); vor Allem aber führt die Kündigung des Besitzes von Mobilien im BGB. über alle Bedenken fort (75 ff.): die Funktion des Besitzes als Legitimationsmittel, wie sie von Gierke, Fahrnißbesitz 17, 32 entwickelt ist.

Nach alledem bietet § 366 HGB. nur eine Wiederholung und Bestätigung des bürgerlichen Rechtes (79).

Weitere Fälle (79 ff.): Der falsus tutor; nur daß hier öffentlich-rechtliche Beschränkungen der Verfügungsgewalt des Vormundes bestehen. Beispiele a. a. O. 81; — die eherechtlichen Verhältnisse mit vorausgesetzter Verfügungsgewalt des Veräußerers quasi Ehemann und kraft ehemännlicher Gewalt, sei es, daß der vermeintliche Ehemann es nicht ist, sei es, daß dem Ehemanne die vermeintliche Verfügungsgewalt abgeht. Näheres a. a. O. 81 ff. über die §§ 1448, 1404, 1343, 1344, 1431, 1435, 1440.

Kah nimmt gegen Wendt's Argument aus § 957 an, daß es sich dort überhaupt nicht um den Fall handelt, daß derjenige, welchem die Aneignung gestattet wurde, wußte, daß dem Anderen das Eigenthum oder der Fruchtgenuß nicht zustehe, daß er den Ueberlassenden gleichwohl als befugt ansah, die Verfügung zu treffen, sondern es glaubt im Falle des § 957 derjenige, welchem die Aneignung gestattet wurde, daß dem Ueberlassenden das Eigenthum oder der Fruchtgenuß an der Sache zustehe; deshalb sieht er ihn für verfügungsberechtigt an; die Lage ist also die gleiche wie im § 932; nur die Uebergabe ist erlassen (330). Bei § 932 handelt es sich um den einzigen Fall des Eigenthumserwerbes vom Nichteigenthümer durch Uebertragung. Auch aus § 1244 folgt nichts Gegentheiliges (331).

9. Anwendungsgebiet (Negativ).

a) Ueber Fälle des ipso jure-Erwerbes: §§ 718, 1438, 1519 Abs. 2, 1549. Wendt 29 ff. Wie steht es, wenn eine thatsächlich in die Gemeinschaft gefallene Sache dem beitragenden Theile in Wahrheit gar nicht gehört? Wollte man den § 932 anwenden, so entstünde die eigenthümliche Folge, daß der inferirende Theil kein Eigenthum hätte, der andere aber in Folge des guten Glaubens Eigenthum erlangt hätte, woraus rückwirkend auch wieder eine Rechtsgemeinschaft für den inferirenden Theil selbst entstehen würde. Es greift also hier die Regel durch, daß zum gutgläubigen Erwerb ein besonderes Uebertragungsgeschäft nach § 929 gehört.

b) Ueber Fälle des gesetzlichen Pfandrechts, insbesondere BGB. §§ 559 bis 563, 585, 590, 647, 704 f. Wendt 31 ff. Wie weit reicht die „entsprechende" Anwendung des § 1257? Alle Sätze des Pfandrechts, welche Besitz des

Pfandes auf Seiten des Pfandgläubigers voraussetzen, bleiben außer Betracht, ebenso § 1207, wo gerade die Uebergabe der Sache an den Gläubiger das Wesentliche ist. Es scheidet also das gesetzliche Pfandrecht ganz aus und bietet keinen Anlaß zur Anwendung der Regeln über den gutgläubigen Erwerb.

Ueber handelsrechtliche Fälle 33 ff.

c) Wendt 35 ff. Fälle der den rechtsgeschäftlichen Verfügungen gleichgestellten Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgen: BGB. §§ 135, 161, 184, 353, 499, 883. Entsteht, wenn der Gerichtsvollzieher fremdes Eigenthum pfändet, das Pfändungspfandrecht (CPO. § 804) kraft guten Glaubens voll wirksam? Findet § 1207 analoge Anwendung? Mit der früheren Judikatur zum Handelsrechte (RG. **26** 101 ff.) verneint er die Fragen. Der Widerspruchsklage des Eigenthümers aus § 771 CPO. ist freier Raum zu geben. Diese wäre sonst um den größten und wesentlichsten Theil ihres Anwendungsgebiets gebracht, da der gute Glaube des betreibenden Gläubigers die Regel bildet und auch der Gerichtsvollzieher nur selten wissentlich fremde Sachen pfänden wird.

d) Besonderes gilt nach Wendt 38 für die Fälle der gerichtlichen Urtheile, welche Jemanden zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilen: CPO. §§ 894, 897, 898, wo die analoge Anwendung ausdrücklich ausgesprochen ist.

10. a) Wer unmittelbar vom Gemeinschuldner, insbesondere durch Vertragsschluß mit einem Bevollmächtigten des Gemeinschuldners, erwirbt, ist im Bereiche des Mobiliarrechts durch seinen guten Glauben (Unkenntniß des Konkurses) nicht geschützt. Wohl aber darf sich ein redlicher dritter Erwerber auch den Konkursgläubigern gegenüber auf die Vorschriften zu Gunsten derer berufen, die Rechte von Nichtberechtigten herleiten. Jaeger, KO. § 7 Anm. 29—35.

b) Nicht anzuwenden ist § 932 auf eine Veräußerung durch den Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung, die §§ 7, 42 KO. stehen entgegen (v. Seeler, DJZ. **99** 307, gegen Endemann, Einführung II § 21 Nr. 17 und Wendt, A.civPr. **83** 26).

c) Nach Silberschmidt, A.bürgR. **15** 129 ist § 932 auf eine gegen § 334 StPO. verstoßende Veräußerung nicht anwendbar, weil weder der Veräußerungsvertrag zustande kommt, noch der Erwerber sich in gutem Glauben befindet.

§§ 933, 934. 1. v. Tuhr 546 billigt den § 933, obwohl § 933 für den Erwerber zu unliebsamen Konsequenzen führt. Näheres über das Verhältniß zu § 367 HGB. a. a. O.

2. a) Alle die in §§ 932—934 behandelten Fälle setzen eine seitens des Veräußerers an den Erwerber erfolgte Uebergabe und Besitzerlangung des letzteren oder die Abtretung eines Herausgabeanspruchs des veräußerten Gegenstandes an den Dritten voraus. OLG. **4** 295 (KG.).

b) Leonhard 86 ff. nennt den Schutz eines Erwerbes auf Grund des sogenannten öffentlichen Glaubens Verläßlichkeit. Voraussetzungen für den Schutz sind immer nur Besitz des Veräußerers und dessen unmittelbare Uebertragung im Veräußerungsgeschäfte.

3. Wer Eigenbesitz behauptet, muß ihn beweisen. Eine allgemeine Vermuthung dafür, daß der Besitz Eigenbesitz sei, ist dem Gesetz fremd und auch aus § 1006 nicht abzuleiten. Buhl 67, Cosack II 145. A. M. Dernburg III 292, Goldmann-Lilienthal 445.

§ 935. 1. a) Buhl 64. Eine Sache ist dann abhanden gekommen, wenn sie ohne Willen des Eigen- oder Fremdbesitzers aus dessen Gewahrsam herausgerathen ist. Die abhanden gekommenen Sachen bilden den Gegensatz des anvertrauten Gutes.

Für § 366 HGB. vertritt Fuld (407 ff.) die der Wendtschen entgegengesetzte Auffassung.

Fuld, A.civPr. 99 402 ff. Die Ausnahme des § 935 bezieht sich auf alle Fälle, in welchen der Eigenthümer den Besitz ohne seinen Willen nicht mehr hat, gleichviel ob man von einem Verlieren im eigentlichen Sinne sprechen kann oder nicht. Jede Sache, welche nicht mit Willen des Eigenthümers aus seiner Innehabung fortgekommen ist, steht der gestohlenen oder verlorenen im Sinne des § 935 gleich, sie gilt als eine abhanden gekommene. Der Gesetzgeber weist durch die Erwähnung der abhanden gekommenen Sachen neben den gestohlenen oder verlorenen selbst unmittelbar auf das Moment des Willens hin. Es ist deshalb gleichgültig, ob die Sache durch Diebstahl oder Raub dem Eigenthümer entzogen worden ist. Dagegen ist die strafrechtliche Qualifikation der betr. Handlung nicht etwa für die Geltendmachung der Eigenthumsklage überhaupt gleichgültig, so daß etwa auch der Eigenthumserwerb solcher Sachen ausgeschlossen wäre, welche durch Betrug oder Unterschlagung aus der Innehabung des Eigenthümers entfernt wurden. (Z. B. Werthpapiere, die dem Bankier zur Verwahrung übergeben und von diesem veruntreut worden sind.) Ebenso wird im Falle der Drohung die Innehabung willentlich aufgegeben. Legislatorisch wäre zweifellos die Ausdehnung auf Betrug richtig, nach § 935 aber ist sie unmöglich, der als Ausnahmebestimmung nicht ausdehnend interpretirt werden kann (403).

Willentliche Aufgebung ist nicht identisch mit der wissentlichen, wennschon praktisch zumeist beide identisch sind (z. B. bei Raub wird die Innehabung wissentlich, aber nicht willentlich aufgegeben). Umgekehrt ist die willentliche Aufgabe stets eine wissentliche; ebenso erscheint die Anwendung des Begriffs „freiwillig" nicht zweckmäßig.

Aus dem Begriffe „willentlich" ergiebt sich, daß die Aufhebung der Innehabung durch einen Geschäftsunfähigen als Verlust ohne Willen zu betrachten ist; die Aufhebung durch eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person dagegen gilt als willentlich.

Nach alledem gehören zu den abhanden gekommenen Sachen außer den gestohlenen und verlorenen insbesondere verlegte und stehen gelassene, die von dem Eigenthümer noch nicht als verloren betrachtet werden (406).

Ganz ähnlich v. Tuhr: Nach ihm (547) ist die Sache abhanden gekommen, wenn der Eigenthümer oder der, welcher den mittelbaren Besitz des Eigenthümers nach § 868 vermittelte, den Besitz der Sache ohne seinen Willen verloren hat.

Hat dagegen der Eigenthümer resp. der Besitzer, dem der Eigenthümer die Sache anvertraute, den Besitz mit Willen aufgegeben, so ist die Sache nach der Regel des § 932 dem bona fide-Erwerb ausgesetzt. Im Allgemeinen bezeichnet der strafrechtliche Gegensatz von Diebstahl und Unterschlagung die Grenze zwischen § 932 und § 935, ohne sich mit der Unterscheidung des bürgerlichen Rechtes ganz zu decken; denn für die „gestohlene Sache" des § 935 braucht nicht strafbarer Diebstahl vorzuliegen (z. B. § 247 StGB. unter Ehegatten). Andererseits gilt strafrechtlich für Unterschlagung die Aneignung einer Sache, welche der Eigenthümer einem Dienstboten oder Hausgenossen zum Gebrauch überlassen hat, während solche Sachen im Sinne des § 935 zu den gestohlenen resp. abhanden gekommenen zu rechnen sein dürften (§ 855 BGB.). Ebenso ist Abhandenkommen anzunehmen, wenn ein geschäftsunfähiger oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Eigenthümer den Besitz aufgiebt (547/548) (s. o. Fuld).

Freiwilliger Besitzverlust liegt vor, wenn der Eigenthümer die Sache unter dem Einflusse von Betrug oder Irrthum fortgiebt. Anders im Falle der durch Drohung (§ 123) erzwungenen Besitzaufgabe (548).

Biermann: Abhanden gekommen ist diejenige Sache, deren Besitz dem Besitzer durch ein von seinem Willen unabhängiges Ereigniß entzogen worden ist. Dahin gehört auch der Fall, daß der Wille des den Besitz Aufgebenden ohne rechtliche Bedeutung ist, z. B., daß der den Besitz Aufgebende geisteskrank oder ein Kind unter sieben Jahren ist. Eine Sache, deren Besitz in Folge eines Willensfehlers vom Eigenthümer aufgegeben wurde, ist keine abhanden gekommene. Eine zum Schein veräußerte Sache ist eine freiwillig aufgegebene.

b) In den Fällen des mittelbaren Besitzes ist lediglich der Wille des unmittelbaren Besitzers in Betracht zu ziehen; die Vindikation des Pfandgläubigers, Miethers und Pächters u. s. w. ist deshalb auch dann statthaft, wenn die ohne seinen Willen aus seiner Innehabung entfernte Sache an den mittelbaren Besitzer, d. h. den Eigenthümer, zurückgelangt ist. Solange der Eigenthümer nur mittelbarer Besitzer ist, bleibt seine Einwilligung zu der Entfernung der Sache auf den Erwerb des gutgläubigen Dritten ohne jeden Einfluß. **Fuld** (407).

Ebenso **Bendix**, Seuff.Bl. **01** 373 ff., eingehend über die Vorgeschichte des § 935 Abs. 1, bemerkt: Wenn der Eigenthümer zugleich der thatsächliche Besitzer der Sache ist, so kann naturgemäß nur sein *eigener* Wille für die Frage maßgebend sein, ob sie ihm abhanden gekommen ist. Ist er dagegen lediglich mittelbarer Besitzer, so haftet der den Eigenthumserwerb des Dritten ausschließende Makel der Sache alsdann an, wenn sie dem thatsächlichen Besitzer ohne seinen Willen entzogen, d. h. also ihm, nicht dem Eigenthümer abhanden gekommen war. Dies ergiebt Satz 2. Ein unfreiwilliger Besitzverlust des *nur* mittelbar besitzenden Eigenthümers ist rechtlich auch gar nicht denkbar. Eine von dem vermittelnden Besitzer freiwillig aufgegebene Sache ist auch für den nur im mittelbaren Besitze befindlichen Eigenthümer keine abhanden gekommene. Nur wenn sie dem Entleiher oder Verwahrer u. s. w. ohne seinen Willen entzogen, also abhanden gekommen war, wird im Falle einer späteren Veräußerung das Recht des mittelbar besitzenden Eigenthümers nicht berührt.

c) Besonders betont noch **Brettner**, R. **00** 223/224: Abhandenkommen ist Besitzverlust ohne eigene Mitwirkung, Besitzverlust gegen den Willen des Eigenthümers. Unter Wille ist der rein thatsächliche zu verstehen: dem Satze aus den Motiven „das Aufgeben der Inhabung durch einen Geschäftsunfähigen ist Verlust ohne Willen“ ist zu widersprechen; ihm ist die Sache nicht abhanden gekommen; er hat sie vielmehr aus den Händen gegeben, allerdings auf Grund eines ungültigen Rechtsvorganges. Ebenso liegt kein Abhandenkommen vor, wenn der Transporteur die Sachen verwechselt; denn die Sachen sind mit dem Willen des Eigenthümers aus seiner Hand in die des Transporteurs gelangt. Auch dann nicht, wenn ein Gelehrter die ihm geliehenen Handschriften seinem Kollegen zurücksendet, dabei aber eine ihm gehörige versehentlich mit einpackt; gegen den Antiquar, der sie etwa von dem Erben des Kollegen erworben, hat er keinen Anspruch.

Dagegen liegt Abhandenkommen vor, wenn der Besitzverlust auf höherer Gewalt beruht, z. B. eine Sache in Folge Dammbruchs weggeschwommen und schließlich in die Hand eines gutgläubigen Dritten gelangt ist. Dasselbe gilt, wenn der *vermeintliche* Erbe, dem kein Erbschein ausgestellt ist (§ 2366), eine Nachlaßsache veräußert.

2. a) **Gierke**, Bedeutung des Fahrnißbesitzes 25 Anm. 13. Hat der Besitzer die Sache unterschlagen, weggegeben, weggeworfen oder sonst durch eigenes Handeln dem mittelbaren Besitzer entzogen, so ist auch für diesen der Besitzverlust kein unfreiwilliger. Dagegen liegt unfreiwilliger Besitzverlust für den Besitzer vor, wenn ein bloßer Besitzdiener, dem kein Besitz anvertraut war, dem

Besitzer den Besitz entzieht, mag er nun den Besitz sich selbst aneignen oder einem Dritten übertragen oder einseitig aufgeben.

Aehnlich Leonhard 83. Gestohlene Sachen sind auch solche, die ein Besitzdiener entwendet hat. S. auch 109. Daraus folgt, daß die Uebertragung des Besitzdieners nicht den Schutz des § 932 genießt. Anders, wenn die Sache an einen Mittler weggegeben war (109).

b) Unterschlägt der unmittelbare Besitzer die Sache, so ist sie dem mittelbaren Besitzer im Sinne des § 935 Satz 1 abhanden gekommen, und der Erwerber der Sache erlangt kein Eigenthum, auch wenn er gutgläubig war. Die Eigenthumsklage des früheren mittelbaren Besitzers ist deshalb nicht ausgeschlossen. (Ein Wagen war unter Vorbehalt des Eigenthums verkauft und übergeben, dann aber vorbehaltlos weiter veräußert worden.) LG. Stendal, Naumb. AnwZ. 01 20, R. 01 260 Nr. 899.

Entgegengesetzt OLG. 4 296 (Naumb.) in der Berufungsinstanz: Ein „Abhandenkommen" liegt vor, wenn dem Besitzer gegen seinen Willen etwas aus der „Hand", aus seiner thatsächlichen Verfügungsgewalt kommt. Dies ist beim mittelbaren Besitzer als solchem gar nicht denkbar. In dem Momente, wo er den unmittelbaren Besitz einem Anderen überlassen hat, ist die Sache bereits aus seiner thatsächlichen Verfügungsgewalt gekommen, und zwar mit seinem Willen. Von da ab kann sie ihm nicht mehr abhanden kommen. § 935 findet daher keine Anwendung, wenn der Eigenthümer die Sache einem Anderen als unmittelbarem Besitzer überlassen hat, und dieser gegen den Willen des Eigenthümers über sie verfügt. Dieser Fall ist gerade das typische Beispiel für die Anwendung des deutsch-rechtlichen Satzes „Hand wahre Hand". Es finden somit lediglich §§ 929, 932 Anwendung (s. o. Note 2 a).

Gegen das LG. Stendal auch Meyer, R. 01 256 ff., der auf Grund der Entstehungsgeschichte Eigenthumserwerb annimmt. Aus dem Gegensatze „nur mittelbarer" ergiebt sich, daß der erste Satz von dem Falle redet, daß der Eigenthümer unmittelbarer Besitzer ist. Im Satze 2 ist unter „Besitzer" nicht auch der mittelbare Besitzer zu verstehen, — in diesem Falle wäre, wenn der Eigenthümer nur mittelbarer Besitzer war, er geschützt, wenn ihm die Sache abhanden kam, wenn auch mit dem Willen des unmittelbaren Besitzers —, sondern mit Gierke, Fahrnißbesitz 25, zu sagen: „Hat der Besitzer die Sache unterschlagen, weggegeben, weggeworfen oder sonst durch eigenes Handeln dem mittelbaren Besitzer entzogen, so ist auch für diesen der Besitzverlust kein unfreiwilliger" (s. o. Note 2a). S. auch LG. Frankf., R. 01 17 Nr. 29.

3. Abs. 2. Fuld 409. Unter „Geld" ist Metall- und Papiergeld zu verstehen, sofern nach dem geltenden Währungssysteme sowohl jenes als auch dieses als Geld im Rechtssinn erscheint. In den Ländern, in welchen Papierwährung nicht besteht, wird das Papiergeld zwar nicht als Geld, wohl aber als Inhaberpapier angesehen. Inhaberpapiere verlieren ihren Charakter mit der Umschreibung auf den Namen; wegen der Unmöglichkeit der Außerkurssetzung von inländischen Inhaber-Schuldverschreibungen und -Aktien hat die Frage der Vindikation gestohlener, außer Kurs gesetzter Inhaberpapiere insoweit keine praktische Bedeutung mehr, als es sich um inländische Inhaberpapiere handelt. Anders, soweit ausländische in Betracht kommen. (Genaueres a. a. O. 410.)

Der spätere Erwerber, welcher gestohlene Inhaberpapiere von dem gutgläubigen ersten Erwerber kauft, erwirbt an ihnen schlechthin Eigenthum, ohne daß es auf seinen guten Glauben noch ankommt. (Ueber einen Sonderfall bei im Auslande gestohlenen Inhaberpapieren s. 411.) Analoges gilt im Handelsrechte, sofern nur der erste Erwerber bezüglich der Verfügungsbefugniß des Kaufmanns gutgläubig war. Der spätere Erwerber wird durch die Berech-

tigung seines Veräußerers schlechthin gedeckt und berechtigt (411). Ueber den § 367 HGB. s. 411 ff.

4. Strohal, R. 01 159: Die Grundsätze über den Eigenthumserwerb und den Erwerb sonstiger dinglicher Rechte an Fahrhabe auf Grund einer Verfügung des Nichtberechtigten greifen bei Sparkassenbüchern nicht ein. Giebt z. B. Josef N. ein bei ihm von seinem Bruder Johann N. hinterlegtes und auf dessen Namen lautendes Sparkassenbuch seinem (des Josef N.) Gläubiger K. an Zahlungsstatt, so erwirbt dieser auch im Falle seiner Redlichkeit das Eigenthum am Buche nicht. Denn die Uebertragung der Forderung des Johann N. konnte durch die von Josef N. an X. vorgenommene Uebergabe nicht bewirkt werden. — Dies ist gegenüber der gebräuchlichen Auffassung — z. B. auch gegenüber der an sich zutreffenden Entscheidung Dernburg's, Sachenrecht (2) 290 — zu betonen, die den Schluß nahe legt, daß die von einem Nichtberechtigten in Ansehung eines Sparkassenbuchs durch Uebergabe vorgenommene Eigenthumsübertragung den redlichen Erwerber dann zum Eigenthümer macht, wenn das Buch dem bisherigen Eigenthümer nicht gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. Richtig: Biermann, Sachenrecht 90 und Kober bei Staudinger III 101.

5. Heucke, DJZ. 99 460 beantwortet die Frage, ob § 935 auch Anwendung findet, wenn Jemand vor 1900 im Gebiete des ALR. eine dem rechtmäßigen Eigenthümer wider Willen abhanden gekommene Sache von einer unverdächtigen Person durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht hat, diese ihm aber erst nach dem 1. Januar 1900 vindizirt wird, oder ob er noch den Ersatzanspruch nach § 26 ALR. I. 15 hat, mit Nein, mit Rücksicht auf Art. 181 EG., der den Anspruch nicht kennt, und bekämpft Dernburg, Sachenrecht (3) § 103 V nach dem der redliche Erwerber mit dem Augenblicke des Erwerbes ein bedingtes Forderungsrecht auf Lösung gegen den Eigenthümer erwirbt, das nach Art. 170 EG. unberührt bleibe.

Entgegengesetzt Brettner, R. 00 223 in Uebereinstimmung mit Dernburg, Sachenrecht a. a. O. und Fuchs, Gruchots Beitr. 44 21. Der Lösungsanspruch der früheren Gesetze bleibt für die Uebergangszeit trotz Art. 181 bestehen, wenn der gutgläubige Erwerb vor dem 1. Januar 1900 stattgefunden hat, weil Art. 170 mit zu berücksichtigen ist. In diesem Sinne auch RG. JW 01 237.

§ 936. 1. Kah 346. Hier handelt es sich — gleichgültig, ob der Veräußerer Eigenthümer oder Nichteigenthümer — um den kostenfreien Erwerb der veräußerten Sache.

Es bildet ferner (anders als im § 932) die bona fides des Erwerbers die Voraussetzung des Rechtsverlustes des Dritten an der veräußerten Sache.

Auch das dem Vermiether eines Grundstücks nach §§ 559 ff. zustehende Pfandrecht erlischt — entsprechend auch im Falle des § 704 — durch den gutgläubigen Erwerb des Eigenthums bei der Veräußerung der Sachen an einen Dritten (347).

2. Cosack II 123. Ein beschränktes Recht an der Sache bleibt bestehen, wenn die Sache nicht dem Eigenthümer, wohl aber dem Inhaber des beschränkten Rechtes „abhanden" kommt, so z. B. wenn der Eigenthümer, der Faustpfandschuldner ist, das Faustpfand dem Gläubiger entwendet und es, unter Verschweigung des Pfandrechts, einem redlichen Dritten übereignet.

Leonhard 87 ff. Beim Vertretungserwerbe besteht insoweit kein Verlaß auf die Freiheit des Eigenthums, als der Vertreter selbst dingliche Rechte haben kann.

II. Ersitzung.

§ 937. Abs. 1. 1. Der Eigenbesitz kann auch ein durch constitutum possessorium (§ 930) begründeter Besitz sein. Constitutum possessorium durch

einen Nichteigenthümer genügt also zwar nicht zum Eigenthumserwerbe, wohl aber zum Ersitzungsbeginne. Biermann (Komm.).

2. Ein Veräußerungsverbot, mag es ein absolutes oder relatives sein, steht an sich der Ersitzung nicht entgegen Nur soweit ein absolutes gesetzliches Veräußerungsverbot gleichzeitig die Verkehrsfähigkeit einer Sache beschränkt, schließt es auch die Ersitzung aus. Goldmann-Lilienthal 443.

3. Vertretung ist bei der Ersitzung ausgeschlossen. Leonhard, Vertretung beim Fahrnißerwerb 111 f.

4. Kein Anspruch auf Ausgleichung der durch Ersitzung erfolgten Vermögensverschiebung Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung, 39.

5. Nach Manigk, Rechtsgeschäfte 215, 223 f., können Geschäftsunfähige nicht ersitzen, hingegen beschränkt Geschäftsfähige. Der Wille des Ersitzenden sei auf dasselbe Ziel gerichtet wie der des rechtsgeschäftlich Erwerbenden.

6. Eigenmitbesitzer erwerben durch Ersitzung diejenigen Rechtsquoten, in deren Ausübung sie besessen haben. M. Wolff, Jherings J. **44** 189 f.

7. Abs. 2. a) Lessing, SächsA. **6** 607 ff. erfordert weiter außer der durch § 932 Abs. 2 erforderten, nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntniß des Erwerbers davon, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehöre, die nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende Nichtkenntniß einer Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Veräußerungsvertrages.

b) Die Begriffsbestimmung des § 932 Abs. 2 ist zu eng. Man wird sagen können, daß der Erwerber dann nicht im guten Glauben ist, wenn ihm bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß ihm das Eigenthum nicht zusteht. Biermann (Komm.).

8. Abs. 2 schließt die Ersitzung der entgegen § 334 StrPO. veräußerten Sachen aus. Silberschmidt, A.bürgR. **15** 129.

9. **RG. 47** 244. Die Annahme, daß ein belastetes Eigenthum etwas wesentlich Anderes sei, als unbelastetes, ist ein Irrthum; auch durch die weitestgehenden dinglichen Rechte wird das Eigenthum in seinem Wesen nicht geändert. Daher ist es auch für die Ersitzung ganz gleichgültig, ob der Ersitzende glaubt, daß sein Eigenthum z. B. durch Nießbrauch oder sonstige Rechte belastet sei; er erwirbt immer Eigenthum, und wenn er in der Annahme eines belastenden Nießbrauchs oder sonstigen Rechtes sich irrt, so erwirbt er freies Eigenthum, weil das Eigenthum die Sache an sich in der Gesammtheit ihrer Beziehungen umfaßt und daher von selbst in seiner ganzen Fülle hervortritt, wenn eine vermeintliche Beschränkung thatsächlich nicht besteht. Ist daher ein Fideikommißbesitzer Eigenthümer der Sache und nur beschränkt durch die dinglichen Rechte der Anwärter, so kann auch die Ersitzung zu Eigenthum dadurch nicht gehindert werden, daß der Ersitzende das Eigenthum durch die Rechte der Fideikommißanwärter belastet glaubt, und er erwirbt freies Eigenthum, wenn diese vermeinten Rechte der Anwärter gar nicht existiren.

10. Strohal, R. **01** 160. Das Eigenthum an einem Sparkassenbuche kann nicht ersessen werden.

§ 939. Die Vorschrift, daß gewisse Umstände die Verjährung nur hemmen, wenn sie innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungszeit eintreten, ist wohl auch auf die Ersitzung anzuwenden. Cosack II § 209 Ziff. 6 b 147.

§ 940. 1. Die Ersitzung wird, wie aus § 941 folgt, auch durch mittelbaren Eigenbesitz fortgesetzt. Wendt 74.

2. Abs. 2 Hierher gehört auch Besitzaufgabe in Folge Irrthums über den Gegenstand oder in Folge Zwanges. Dernburg II § 106 Ziff. 5a 299.

Abs. 2 kommt auch dann zur Anwendung, wenn die Wiedererlangung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht bewirkt sein sollte. Goldmann-Lilienthal 447.

§ 943. § 943 bedeutet nicht successio in usucapionem (die Ersitzungslage des Rechtsvorgängers), sondern nur accessio temporis; nicht der Tod des Ersitzenden, sondern nur die mala fides superveniens des Erben unterbricht die Ersitzung. Binder, Die rechtliche Stellung des Erben 40 ff.

§ 944. 1. Der Ersitzungsbesitz des Erbschaftsbesitzers liegt nur vor, wenn er sich hinsichtlich der Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft und hinsichtlich seiner Erbenqualität im guten Glauben befunden hat. So Biermann und Fischer-Henle. Guten Glauben hinsichtlich der Erbenqualität erfordern nicht Endemann, EG. § 82 Note 16; Kober-Staudinger zu § 944.

2. Buhl, Recht der beweglichen Sachen 71 schreibt, wenn sich die Ersitzungsfrist beim Erbschaftsbesitzer vollendet, gegen Planck, Anm. 2 a. E. dem Erben Eigenthum zu.

III. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

§ 946. **RG.** JW. **02** Beil. 219. Der Umstand, daß das Ausstreuen von Saaten und Düngerstoffen ohne Wissen des Grundstückseigenthümers erfolgt, hindert die Rechtsänderung (den Eigenthumserwerb) und die darin liegende Bereicherung des Eigenthümers nicht.

Plathner, Das private Baurecht in Preußen, PreußVerwBl. **01** 541 ff. Entscheidend ist die Festigkeit der Verbindung. Lose auf den Boden gestellte Bauwerke sind bewegliche Sachen. Für das fest mit ihm verbundene Bauwerk ist es gleichgültig, von wem es errichtet ist, ob mit oder ohne Wissen des Eigenthümers, und wem das Eigenthumsrecht an den Baumaterialien zustand. Es gilt auch dann als Bestandtheil des Grundstücks, wenn es seinen Werth um das Mehrfache übersteigt.

§ 948. 1. In der Vermischung fremder Sachen mit eigenen können die Merkmale der Unterschlagung enthalten sein. OLG. Dresden, Sächs. Ann. **21** 127. Ebenso **RG.** R. **02** 561 Nr. 2622.

Ebenso **RMG. 2** 133, wo weiter betont wird, daß dies nur dann der Fall ist, wenn der Thäter bereits von vornherein bei Vornahme der Vermischung das Bewußtsein hatte, durch dieselbe in einer den Zueignungsbegriff erfüllenden Weise verletzend in die Rechte des Eigenthümers einzugreifen, und wenn er zugleich in der Absicht handelte, durch die Vermischung sich die fremden Gelder rechtswidrig zuzueignen.

2. Auch an den durch Vermischung (§§ 947, 948) gemeinschaftlich gewordenen Sachen ist eine Unterschlagung seitens des Miteigenthümers möglich. **RMG. 2** 173.

§ 950. 1. Nach Manigk, Rechtsgeschäfte 184 ff., ist die Verarbeitung kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung. Der Erwerb des Eigenthums an der neuen Sache trete auch ungewollt ein. Vgl. auch a. a. O. 30, 47, 53, 98. Daher erfordere der Thatbestand des § 950 keine Geschäftsfähigkeit des Handelnden, weil ja dessen Erfolgswillen unerheblich (217) sei. Von einer Anwendung des Willensdogmas könne bei der Spezifikation wie den anderen Rechtshandlungen keine Rede sein (257). Eine juristische Stellvertretung sei bei der Spezifikation unmöglich, da ersterer das Wollen des Rechtserfolges für den Vertretenen eigenthümlich sei, der Spezifikant hingegen das Eigenthum wesentlich ungewollt erwerbe (315 ff., 356 ff., 360). — Ebenso Enneccerus-Lehmann § 62 181 ff.: Die Spezifikation ist als solche kein Rechtsgeschäft, sondern Herstellung eines thatsächlichen Erfolges mit rechtlichen Wirkungen, also eine juristische Thatsache analog den Naturereignissen. Sie übt daher ihre Wirkungen ohne Rücksicht auf Geschäftsfähigkeit des Spezifikanten, kann also vollwirksam auch seitens eines Kindes, eines Geisteskranken erfolgen.

2. **Enneccerus-Lehmann** § 62 185 ff.: Die Ansicht der Kommissionsprotokolle (2. Lesung), daß das **Eigenthum der durch Verarbeitung neu entstandenen Sache** nicht dem Eigenthümer des Stoffes allein zufalle, sondern u. U. Miteigenthum entstehe, wenn der Werth des Stoffes den der Arbeit erheblich übersteigt, ist irrig; denn das Eigenthum ist nach dem BGB. Stoffeigenthum, nicht Formeigenthum. Geht es nicht durch Spezifikation auf den Verarbeiter über, so verbleibt es dem bisherigen Eigenthümer.

Der Arbeiter braucht nicht die Absicht des Eigenthumserwerbes zu haben. Die Verarbeitung ist kein Rechtsgeschäft und kann auch von Geschäftsunfähigen vorgenommen werden. **Cosack** II 137.

3. a) Eine Vertretung setzt voraus, daß die Beziehung auf den Herrn offen hervortritt. **Leonhard**, Vertretung beim Fahrnißerwerb 112 ff.

b) **Isay**, Geschäftsf. 299 läßt das Eigenthum dann für den Geschäftsherrn erworben werden, wenn die Verarbeitung in einem den Gestor in eine dafür typische wirthschaftliche Abhängigkeit vom Dominus versetzenden Gestionsverhältnisse geschah.

Kohler, Vertrag u. Uebergabe 102: Der Fabrikarbeiter kann bestimmen, daß das, was er verarbeitet (spezifizirt), dem Fabrikherrn zufalle.

OLG. 4 312 (Hamburg): Nur derjenige erwirbt das Eigenthum an der neu hergestellten Sache, welcher sie für sich selbst herstellt. Wer sie für einen Anderen herstellt, erwirbt nicht für sich Eigenthum; Eigenthümer bleibt oder wird derjenige, für den die Arbeit bewirkt wird. Insbesondere schafft eine auf Grund eines Werkvertrags vorgenommene Spezifikation Eigenthum nicht für den Unternehmer, sondern für den Besteller.

4. Auf die Verarbeitung durch Stellvertreter ist nicht § 164, wohl aber § 855 entsprechend anwendbar. Die Verarbeitung für den Prinzipal durch eine in dem im § 855 vorausgesetzten Abhängigkeitsverhältnisse stehende Person bewirkt unmittelbaren Eigenthumserwerb des Prinzipals. **Neumann** Note 4 (s. Ziff. 3 vor § 164.

5. **Aus der Praxis**: OLG. 2 343 ff. (Karlsruhe): Wird das unter Eigenthumsvorbehalt verkaufte Mehl, bevor es bezahlt ist, zu Brot verbacken, so erwirbt der es verarbeitende Käufer an dem Brote originäres Eigenthum, auch wenn das Mehl nicht sein Eigenthum war, „sofern nicht der **Werth** der Verarbeitung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes". Dies ist beim Verbacken des Mehles zutreffend und daher anzunehmen, daß der Eigenthümer des Mehles nach Analogie des § 947 Abs. 2 Alleineigenthümer der neuen Sache, des Brotes, wird. Auch dieses Eigenthum ist originär und entsteht an einem **anderen** neuen Rechtsobjekte. **Es kann daher das Eigenthum an dem noch nicht bezahlten Mehle rechtswirksam nur bis zum Verbacken desselben vorbehalten werden** (vgl. o. Ziff. 4 zu § 455).

RG. Goltd. Arch. 49 117: Die Herstellung von Mitgliedskarten für einen Verein stellt sich als solche neuer beweglicher Sachen durch Verarbeitung eines fremden Stoffes dar; im Sinne des § 950 erwirbt auch der Dieb des Materials, des gestohlenen Papiers, Eigenthum. Es kann deshalb der Käufer solcher spezifizirten Sachen nicht als Hehler nach § 259 StrGB. bestraft werden, denn eine Uebertragung des Makels auf die neu hergestellten Gegenstände ist ausgeschlossen.

Ebenso **RMG.** 3 93. Der den verwendeten Stoffen anhaftende Makel des strafrechtswidrigen Erwerbes ist durch die Verarbeitung derselben getilgt. Denn mit der Herstellung der neuen Gegenstände haben die verwendeten Stoffe überhaupt aufgehört als selbständige Sachen zu existiren. Auch eine Uebertragung jenes Makels auf die neu hergestellten Gegenstände ist ausgeschlossen, da die Hersteller sich diese auf eine Weise verschafft haben, welche eine vom Gesetz anerkannte Eigenthumserwerbsart bildet.

§ 952. 1. a) § 952 ist nur anwendbar, wenn der Forderung eine von dem Papiereigenthum unabhängige Existenz zukommt, nicht also bei solchen Werthpapieren, bei denen das Recht ausschließlich auf Grund des Papiers besteht Enneccerus=Lehmann 183 § 62 Ziff. 4.

Strohal, R. **01** 158 ff.: Beim Inhaberpapier bestimmt sich das Gläubigerrecht nach sachenrechtlichen, beim Sparkassenbuche nach obligationenrechtlichen Grundsätzen. Das Sparkassenbuch ist Sache und daher auch Gegenstand des Besitzes sowie dinglicher Rechte. Hinsichtlich des Ersteren gilt nichts Besonderes. Das Eigenthum und andere dingliche Rechte bestimmen sich jedoch beim Sparkassenbuche nicht nach den allgemeinen Grundsätzen des Fahrnißrechts, sondern weil das Sparkassenbuch nur Schuldschein nach § 952 ist (s. o. zu § 808).

Also bei Abtretung der Forderung Eigenthumsübergang am Sparkassenbuch ohne Uebergabe.

Es finden ferner Anwendung §§ 82 Satz 2, 1069, 1280.

Zur Nießbrauchsbestellung genügt also der darauf gerichtete formlose Vertrag.

Zur Verpfändung des Sparkassenbuchs bedarf es außer dem Verpfändungsvertrage noch der Anzeige an die Sparkasse durch den Gläubiger, also nicht der Uebergabe.

Es kann ein Hypothekenbrief für sich allein nicht Gegenstand eines Faustpfandrechts sein; durch eine solche Verpfändung wird auch nicht für den Gläubiger ein gegen einen Dritten wirksames Zurückbehaltungsrecht an der Urkunde begründet. Goldmann=Lilienthal 311.

b) Uebereinstimmend die herrschende Ansicht der Praxis:

RG. SächsA. **10** 182: Nach § 952 sind dingliche Rechte an Urkunden, „kraft deren eine Leistung gefordert werden kann", nicht mehr denkbar, sofern sie nicht gleichzeitig auch an der in der Urkunde verbrieften Forderung bestehen. Die selbständige Pfändung derartiger Papiere, zu denen insbesondere auch die unvollkommenen Inhaberpapiere (Sparkassenbücher) zu rechnen sind, ist daher jetzt nicht mehr durchführbar.

RG. 51 83 ff., JW. **02** Beil. 223: Das Eigenthum an einer Lebensversicherungspolice steht, sobald der Versicherte stirbt, nach § 952 demjenigen zu, für den die Versicherung genommen ist, und kann nach § 985 verfolgt werden; es sind jedoch beschränkende Verfügungen des Versicherers möglich. Eine Verpfändung der Versicherung, die dem Pfandgläubiger ein Recht an der Police aus § 952 geben würde, kann indeß bloß durch Vertrag mit dem Gläubiger und Uebergabe der Police an diesen, also ohne Anzeige an die Versicherungs=Gesellschaft schon nach § 1280 nicht wirksam erfolgen, ebenso kann sie nicht Gegenstand eines Faustpfandes oder dinglichen Zurückbehaltungsrechts sein; dagegen ist möglich die Verabredung eines persönlichen Zurückbehaltungsrechts, so daß eine Einrede aus § 986 Abs. 1 entstehen kann.

Ebenso betont OLG. **4** 337 (Dresden; — s. auch o. zu § 398 Note 1c): Die Sparkassenbücher sind nur Schuldscheine über die Darlehensforderung; das Eigenthum daran steht nach § 952 dem Gläubiger des Darlehens zu. Die Uebertragung der Forderung richtet sich nach §§ 398 ff. (s. o.). Hieraus folgt weiter, daß die Verpfändung einer solchen Forderung nur wirksam ist, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner nach § 1280 anzeigt dergestalt, daß das Pfandrecht erst mit der Erfüllung dieses Erfordernisses entsteht und auch eine vorherige dingliche Bindung der Vertragschließenden weder vom Gesetze vorgesehen ist, noch durch die Privatautonomie geschaffen werden kann.

OLG. Jena, R. **02** 508 Nr. 2338. Für Sparkassenbücher und andere Legitimationspapiere gelten nicht § 1006, auch nicht §§ 932 ff., sondern § 952. Mit

der Gläubigerschaft an der verbrieften Forderung überträgt sich das Eigenthum am Papiere, das nach den Grundsätzen des Rechtes der Schuldverhältnisse zu beweisen ist.

2. Strohal a. a. O. Der Eigenthumsanspruch des Gläubigers gegen den Besitzer auf Herausgabe des Sparkassenbuchs ist unverjährbar, weil das Eigenthum daran nothwendiges Accessorium des Gläubigerrechts der Sparkasse gegenüber ist und wer sich auf Verjährung des Herausgabeanspruchs des Gläubigers der Sparkasse beruft, sich nicht darauf berufen kann, daß auch das Gläubigerrecht gegenüber der Sparkasse verjährt sei, — was übrigens nicht nothwendig der Fall zu sein braucht, — da er diese Einrede der Sparkasse gegenüber nicht geltend machen kann.

IV. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandtheilen einer Sache.

§ 953. v. Blume, Jherings J. **39** 434. Der oberste Grundsatz des BGB. über den Fruchterwerb ist dieser: „Die Früchte fallen mit der Trennung dem unmittelbaren Besitzer zu, der sich in der Ausübung eines dinglichen oder persönlichen Nutzungsrechts befindet, sofern ihm nicht im Augenblicke der Trennung der gute Glaube mangelt."

Dieselbe Wendung bei Endemann, Einführung II § 85 1c.

§ 955. Kein Anspruch auf Ausgleichung der durch den Eigenthumserwerb erfolgten Vermögensverschiebung, wenn nicht die §§ 988, 993 Anwendung finden. Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung 40.

Abs 2. Der Besitz, der dem Nießbraucher an den zum Hauptpapier gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnantheilscheinen zusteht, verwandelt sich mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit des in jenen Scheinen verkörperten Anspruchs in Eigenthum. Ritter, Allg. Lehren 147.

§ 956. 1. Kohler, A.bürgR. **18** 107ff. Personen, die auf die Früchte bloß einen obligatorischen Anspruch haben, (namentlich Pächter), werden Sacheigner nur kraft Rechtsübertragung, sind Rechtsnachfolger kraft des im Pachtgeschäfte liegenden Traditionsvertrages. Allerdings setzt die Tradition voraus: α) daß der Tradent seine Offerte nicht zurückzieht; β) daß er im Moment, wo der Besitz der Frucht erworben wird, noch Eigenthümer der Hauptsache ist.

Anders, wenn der Fruchterwerber in den Besitz der Hauptsache gesetzt worden ist; in diesem Falle ist der dingliche Vertrag sofort perfekt in Bezug auf eine künftig in das Eigenthum des Tradenten fallende Sache, es liegt vor ein formloser dinglicher Vertrag, der vermittelt wird durch die Idee der cessio actionis. Einzelne Rechtsfolgen aus dieser Auffassung bezüglich der §§ 571, 581, 586 BGB., § 865 CPO., §§ 20ff. Zwangsv.-Ges., §§ 1120ff. BGB. a. a. O. 108/9.

Ueber den Fall, wenn der Fruchterwerber den Besitz der Sache vorher verlieren würde, und den des Widerrufs im § 956 Abs. 1 Satz 2 s. a. a. O. 109/110. Die letztgenannte Vorschrift hat eine doppelte Funktion; sie bestimmt: α) die Widerruflichkeit der Traditionsofferte in dem Falle, wenn der Eigner ein Fruchtrecht ohne Sachübergabe gewährt hat, in welchem Falle diese Gewährung nur als Traditionsofferte aufzufassen ist; β) die Widerruflichkeit des dinglichen Traditionsvertrags in dem Falle, wenn der Eigner die fruchttragende Sache übergeben, der Erwerber aber ihren Besitz verloren hat (110).

2. § 810 CPO. (Pfändungspfandrecht an Früchten auf den Halmen) statuirt ein für die Zwangsvollstreckung gewährtes Sonderrecht, im Uebrigen folgen die stehenden Früchte als Bestandtheile dem Rechte des Grund und Bodens.

Es kann daher nur gemäß §§ 954, 956 mit der Trennung ein Recht an ihnen erlangt werden. OLG. **2** 341 (Posen).

3. Francke, Pfändung ungetrennter Früchte, Busch's Z. 28 143ff. Daraus, daß die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück auf diejenigen Früchte sich nicht erstreckt, welche nicht dem Schuldner dieser Zwangsvollstreckung, sondern einem Anderen zuwachsen, ergiebt sich zugleich, daß das heutige Recht nicht in dem Grundeigenthume bzw. dem ihm ähnelnden Rechte die Grundlage sieht für die rechtliche Möglichkeit einer Pfändung ungetrennter Früchte; es sieht diese Grundlage auch bei dem Grundeigenthümer oder dem ihm ähnelnden Berechtigten in der Befugniß, das an der Frucht demnächst möglich werdende Eigenthum, sobald dies möglich, zu erwerben.

Er wendet sich gegen Fuchs, der (Busch's Z. 24 207) auf Grund des § 956 Abs. 1 Satz 2 hinsichtlich der wachsenden Früchte den verpachtenden Grundeigenthümer als dinglich gebunden, somit auch dessen Pächter als dinglich berechtigt erachtet. Aber dies ist unrichtig, denn sonst müßte dinglich berechtigt auch sein nicht nur, wer vom unberechtigten Eigenbesitzer, sondern auch wer in gutem Glauben von irgend welchem Besitzer Pachtbesitz hat, denn § 956 Abs. 1 findet kraft Abs. 2 und § 957 auch auf solche Besitzer Anwendung. Abgesehen von dem Wortlaut wahrt denn ja auch in anderer Beziehung das BGB. abweichend vom ALR. das gute Recht des Pächters und Miethers nicht durch Dinglichkeit, sondern durch Besonderheit aus dem Gebiete der Schuldverhältnisse, § 571.

S. ferner a. a. O. 144ff. über §§ 714, 810, 771 CPO.

4. a) Landsberg, Der Kauf von Holz auf dem Stamme, 7ff. (s. auch PosMschr. 99 177ff.). Die im Waldboden wurzelnden Bäume können nach den §§ 93, 94 nicht mehr Gegenstand besonderer Rechte werden, also nicht in das Eigenthum eines Anderen als des Grundeigenthümers gelangen. Dagegen kann der Waldeigenthümer sich persönlich verpflichten, die Bäume zu fällen, fällen zu lassen, dem Anderen die Aneignung zu gestatten. Dieser Vertrag kann in das Grundbuch nicht mehr eingetragen werden. Er stellt sich dar als ein Kauf fünftiger beweglicher Sachen, nämlich der durch Trennung zu rechtlicher Sonderexistenz gelangenden Erzeugnisse und sonstigen Bestandtheile eines Grundstücks. Es spielt hier der dem Käufer überlassene Besitz der Sache, d. h. der Muttersache, der Waldfläche, eine vielfältige Rolle zu Gunsten des Käufers.

Es erwirbt der mit ihrem Besitz ausgerüstete Holzkäufer das Eigenthum an den einzelnen Bäumen schon im Augenblicke der vollendeten Fällung und durch diese, also auch dann, wenn sie nicht vom Käufer, sondern vom Waldeigenthümer oder von einem unbefugten Dritten bewirkt wird. Es muß das Grundstück durch Einräumung der thatsächlichen Gewalt zum Besitz überlassen sein; unmöglich ist die Uebertragung eines Sonderbesitzes an den stehenden Bäumen selbst; a. M.: Dernburg, Sachenrecht (3) 52, Biermann, Komm. 16. Besitzerwerb der Bäume auf dem Stamme durch Forsthammerschlag ist möglich nach §§ 93, 94 (s. o. Ziff. 1 zu § 865).

b) v. Blume a. a. O. 437 ff. Es findet Eigenthumsübertragung nach § 929 statt, wenn der Erwerber auf Anweisung des Eigenthümers sich selbst in den Besitz der schon vom Eigenthümer perzipirten Früchte, z. B. des geschlagenen Holzes, setzt. Soll der Erwerber aber sich nicht nur selbst den Besitz der Früchte verschaffen, sondern sie auch erst vom Boden trennen, so tritt, da es an einer Uebergabe fehlt, § 956 ein.

Wer, ohne im Besitze der Muttersache zu sein, Früchte erwerben soll, die ihr Eigenthümer noch nicht perzipirt hat, erhält das Eigenthum an ihnen, indem er sie mit Gestattung des Eigenthümers in Besitz nimmt.

Wird dem Pächter der Besitz des Pachtgrundstücks vom Verpächter vorenthalten, so ist er nicht im Stande, sich ohne verbotene Eigenmacht in den

Besitz der ihm gebührenden Früchte zu setzen. Verschafft er sich den Besitz des Pachtgrundstücks, so erwirbt er die während der Pachtzeit getrennten und noch auf dem Grundstücke vorhandenen Früchte, indem er sie ergreift.

Selbstverständliche Voraussetzung für den Fruchterwerb des Pächters ist in allen Fällen, daß der Verpächter nicht nur Eigenthümer der Früchte geworden, sondern auch bis zu dem Augenblicke geblieben ist, wo der Pächter sie in Besitz nimmt. Nur wenn der Pächter sich auf guten Glauben bei der Besitzergreifung berufen kann, schadet ihm dieser Mangel nichts (438).

5. Landsberg 12ff. Die Frage, ob der Waldeigenthümer die Gestattung widerrufen kann, wenn der Andere sich nicht im Besitze des Grundstücks befindet, ist zu bejahen. Der nicht besitzende Holzkäufer ist sonach jederzeit der Gefahr ausgesetzt, vom Waldeigenthümer fortgejagt, durch einen anderen Käufer verdrängt zu werden; er kann dann gegen den Eigenthümer nicht auf Vertragserfüllung, sondern nur auf Schadensersatz klagen.

13ff. Im Falle des Besitzes entsteht zwar eine „dingliche Gebundenheit" für die Rechtsnachfolger (Universalsukzessoren) und die Konkursmasse des Gestattenden. Nicht gebunden ist der spätere Grundstückserwerber; ihm muß der Holzkäufer weichen, unbeschadet seines Rechtes auf die im Zeitpunkte der Auflassung schon getrennten und danach in sein Sondereigenthum gelangten Bäume; auf den guten oder bösen Glauben des späteren Erwerbers kommt es nicht an. Die für den Pächter geltenden Vorschriften der §§ 571, 581 Abs 2 sind auf den Holzkäufer nicht anwendbar.

Was die Tragung der Gefahr anbelangt, so wird dem § 446 durch Ueberlassung des Besitzes des die Bäume tragenden Grundstücks genügt, da der Käufer auf diese Weise die volle thatsächliche Gewalt über die Bäume erlangt und sie dann Gegenstand des Besitzes und Theilbesitzes nach § 865 sein können. Damit ist die Gefahr auf den Käufer übergegangen. Eventuell würden auch die §§ 157, 133, 241 und eine verständige Auslegung des Vertragswillens zu dieser Auffassung führen.

Ueber den Fall, daß der Waldeigenthümer mehreren Holzkäufern nach einander den Besitz des Grundstücks überlassen, ohne daß es zur Fällung gekommen ist, s. 18/19.

19ff. Uebergangsfrage.

21ff. Zusammenfassung.

§ 957. 1. a) Wendt, A.civPr. **89** 65, Cosack, Lehrb. (3.) 133, Hachenburg, Vorträge (2.) 144, Planck nehmen Eigenthumserwerb nach § 957 an, wenn ein beliebiger Dritter einem Anderen die Besitznahme von Erzeugnissen oder Bestandtheilen gestattet und der Dritte gutgläubig Besitz ergreift.

Beispiele Cosack's: α) Ein des Weges kommender Witzbold gestattet mir, mir die Trauben eines Weinberges anzueignen. β) Ein Dieb, der ein Reh gestohlen hat, gestattet mir die Aneignung der Keulen. In beiden Fällen nimmt Cosack bei Aneignung Eigenthumserwerb an.

b) Dagegen meint Hellmann, R. **01** 418 ff., § 957 habe nur die Bedeutung, die § 956 hätte, wenn darin der übliche Zusatz stände „auch wenn er zur Gestattung nicht berechtigt ist". Diese Formulirung sei aus technischen Gründen nicht gewählt, weil noch der weitere Satz des § 957 „es sei denn — daß der Andere — erfahren" hätte hineingenommen werden müssen. Die Worte des § 957 „derjenige, der die Aneignung gestattet" seien daher gleichbedeutend mit: der Eigenthümer, der Nutzungsberechtigte, der gutgläubige Eigenbesitzer, der gutgläubige Nutzungsbesitzer; irgend ein Dritter, ein Nichteigenthümer, der auch nicht gutgläubiger Eigenbesitzer oder Nutzungsbesitzer noch dinglicher Nutzungs-

berechtigter ist, sondern bösgläubiger Eigen=, Nutzungs= oder Nichtbesitzer kann auch bei gutem Glauben des Dritten nicht rechtswirksam Aneignung gestatten.

c) Gegen Hellmann polemisirt Harburger, R. 01 484 ff. § 957 habe nur solche Gestattende im Auge, die den Schein der nach § 956 Berechtigten hätten (gut= oder bösgläubiger Scheineigenthümer ꝛc.). Wer selbst keine thatsächliche Gewalt habe, könne auch solche einem Anderen nicht einräumen. Ein nur wörtliches Gestatten, das Gestattender nicht zur Ausführung bringen könne, genüge nicht. Nemo plus possessionis ad alium transferre potest quam ipse habet.

d) Gegen Harburger replizirt Hellmann, R. 01 532 ff. α. § 957 hätte allerdings auch als Abs. 3 dem § 956 hinzugefügt werden können. Daß ein neuer Paragraph gesetzt wurde, sei nur pure Zufälligkeit des Redaktionsgeschmacks, aus der keine Schlüsse gezogen werden dürften. Aber wenn der „Gestattende" des § 957 nicht derselbe sein sollte wie der des § 956, so hätte dies im § 957 gesagt werden müssen. β. Die Folgerung Harburger's aus der Parallele der §§ 929, 932 gehe über den Parallelismus hinaus. Eine Parallele würde nur zu dem Schlusse führen (Begründung a. a. O.), daß der Besitzdiener als Gestattender bereits aus § 957 auszuscheiden haben würde; es bleibe außer den im § 956 Genannten nur noch der bösgläubige Besitzer übrig. Würde der bösgläubige Besitzer einer abhanden gekommenen Sache die stehende Frucht oder den Bestandtheil selbst in Sonder=Besitz nehmen, so wären diese dem Eigenthümer hierdurch gleichfalls abhanden gekommen, und folglich könnte jener durch Uebergabe den gutgläubigen Erwerber nicht zum Eigenthümer machen (§ 935). Dies könnte aber unmöglich anders sein, wenn der bösgläubige Besitzer die Aneignung gestattet hätte. Der Parallelismus zwischen Uebergabe durch einen bösgläubigen Besitzer und Gestattung der Aneignung von Seiten eines solchen läßt sich nicht aufrecht erhalten, weil die übergebene Sache mit dem Willen des Eigenthümers in die Hand des bösgläubigen Uebergebers gelangt sein muß, dagegen die getrennte Frucht oder der getrennte Bestandtheil, wenn sie durch Gestattung eines bösgläubigen Besitzers der abhanden gekommenen Hauptsache dem Berechtigten entfremdet werden, nothwendig abhanden gekommene Sachen sind. Er betont weiter: wenn schon durch Uebergabe das Eigenthum von abhanden gekommenen Sachen nicht verschafft werden kann, so ist es noch weniger denkbar, daß es durch bloße Gestattung der Aneignung mit darauffolgender Trennung bzw. einseitiger Besitzergreifung verschafft werde.

e) v. Jacubezky gegen Hellmann und Harburger, R. 02 24 ff. Ausgangspunkt die grundsätzliche Uebereinstimmung von §§ 956, 957 mit §§ 929, 932, deshalb kann nur Gestattung durch einen Besitzer die Grundlage gutgläubigen Erwerbes sein. § 957 sei durch Versehen fehlerhaft redigirt. § 956 bezog sich nach dem Beschlusse der Kommission II. Lesung nur auf Früchte, die Redaktionskommission erstreckte ihn auch auf andere Erzeugnisse und auf Bestandtheile, vergaß aber, für diese beiden die für Früchte — weil diese bestimmt sind, getrennt zu werden, — nicht geltende Ausnahmebestimmung des § 935 zu adzitiren.

Dies sei durch Interpretation richtig zu stellen, daher sei das Beispiel vom Diebe von Cosack falsch entschieden.

Ferner sei fehlerhafter Weise übersehen, auf Bestandtheile, die nicht Früchte sind, den § 933 zu adzitiren.

f) v. Blume, Seuff. Bl. 67 102, 107, 113—118, entscheidet die Beispiele Cosack's vom Witzbold und den Weintrauben (s. oben) wie Cosack. Anders dagegen das Beispiel von der abgetrennten Rehkeule, weil auf Aneignung von Bestandtheilen gestohlener Sachen § 935 analog anzuwenden sei, wenn sie nicht zu den Früchten gehören.

2. Francke, A.civPr. **93** 309 ff. faßt den Inhalt der §§ 953—957 dahin zusammen:

a) Wer von einer Sache Früchte oder sonstige Bestandtheile trennt und sich aneignet, bewirkt rechtlich dasselbe wie derjenige, welcher getrennte Bestandtheile als erster sich aneignet.

b) Wer eine Sache zu Fruchtbezug besitzt und nicht etwa in bösem Glauben ist, wird bei Trennung von Früchten deren Eigenthümer, für den Fall, daß nicht ein Anderer es nach Nr. 1 wird.

c) In den übrigen Fällen wird bei Trennung von Bestandtheilen Eigenthümer derselben, wer kraft dinglichen Rechtes dazu berufen ist.

3. v. Blume, Zur Lehre vom Fruchterwerbe des Pächters, Iherings J. **39** 429 ff., faßt den Inhalt der §§ 956, 957 dahin zusammen: „Wer sich die Aneignung der Erzeugnisse oder sonstiger Bestandtheile einer Sache hat gestatten lassen, erwirbt sie mit der Trennung, sofern er die Muttersache gutgläubig besitzt. Ist er nicht im Besitze der Muttersache, so erwirbt er Früchte oder Bestandtheile, sobald er gutgläubig in deren Besitz gelangt."

„Wenn der Besitz der Sache ihm überlassen ist" bedeutet im § 956: „Wenn er sich in dem ihm überlassenen Besitze der Sache befindet." Denn § 956 bildet mit § 957 ein Ganzes; § 957 aber verlangt zweifellos Fortdauer des Besitzes, obwohl er nur von dessen Ueberlassung spricht. Es wird, wie auch § 955 zeigt, der Schutz des gutgläubigen Besitzers bezweckt. Die ungenaue Fassung des Gesetzes läßt sich als unbewußte Reminiszenz an § 571 erklären (430).

Er betont ferner, daß das BGB. dem Miether und Pächter nur ein obligatorisches Recht gewähre. Wenn es bereits durch § 954 getroffen werden sollte, wäre § 956 ganz unverständlich; diese Vorschrift hat nur vernünftigen Sinn, wenn sie in erster Linie auf den Pächter gemünzt ist (432).

Bei der Konstruktion des Fruchterwerbes ist es richtig, den Erwerb des gutgläubigen Besitzers zum Ausgangspunkte zu nehmen und als obersten Grundsatz des Gesetzbuchs festzustellen: „Die Früchte, die aus einem Grundstücke gewonnen werden, fallen mit der Trennung dem unmittelbaren Besitzer zu, der sich in der Ausübung eines dinglichen oder persönlichen Nutzungsrechts befindet, sofern ihm nicht im Augenblicke der Trennung der gute Glaube mangelt." Da der Pächter das Eigenthum der Früchte erhält, weil er im guten Glauben an sein Nutzungsrecht sich im Besitze des Grundstücks befindet, so erwirbt er originär und nicht derivativ (435). Die gegentheilige Auffassung führt zu lauter Fiktionen (435).

Anders gestaltet sich der Fruchterwerb des Pächters, wenn er sich nicht im Besitze des Pachtgrundstücks befindet. Er steht dann dem Käufer gleich, der vom Verkäufer angewiesen ist, sich selbst in den Besitz der gekauften Früchte zu setzen.

Befindet sich derjenige, dem die Früchte bestimmt sind, nicht zu Fruchtziehungszwecken in gutgläubigem Besitze der Muttersache, so fehlt ihm die Rechtsposition, auf der der Erwerb durch Trennung beruht. Stets ist aber Jemand da, der kraft seiner Rechtsbeziehung zur Muttersache mit der Trennung die Früchte erwirbt. Dies ist aber regelmäßig der gutgläubige fruchtziehende Besitzer, und ausnahmsweise, wenn der Besitz in bösgläubigen Händen ist, der nicht besitzende Eigenthümer oder der ihn ausschließende Inhaber eines dinglichen Nutzungsrechts. Demnach kann, wer nicht im Besitze der Muttersache ist, die Früchte regelmäßig nur von ihrem Eigenthümer erwerben, also derivativ (436).

Ist der Eigenthümer im unmittelbaren Besitze des Grundstücks oder besitzt zwar ein Anderer, aber bösgläubig, so fallen regelmäßig dem Eigenthümer auch die Früchte mit der Trennung zu.

4. Der gutgläubige Andere erwirbt nach Schluß a fortiori auch frei von dem an der Frucht bestehenden Pfandrechte des Verpächters. Siber, Gesetzliches Pfandrecht 20. A. A. Enneccerus-Lehmann II § 16 3c: eine gleiche Bestimmung existiere für das etwa an Früchten bestehende Pfandrecht nicht; ein solches gehe daher bei gutgläubigem Fruchterwerbe nicht unter.

5. v. Blume erörtert 439 ff. die Frage, ob der Verpächter den Fruchterwerb des Pächters durch Widerruf der Gestattung hindern kann, wenn der Pächter nicht im Besitze des Pachtgrundstücks ist, indem er zuerst eingehend die herrschende Ansicht, nach der im gemeinen Rechte der Fruchterwerb des Pächters durch die fortdauernde Einwilligung des Grundeigenthümers bedingt gewesen sei, so daß ein Widerruf ihn vereitelte, widerlegt. Ebenso ist nach BGB. die im Pachtvertrag ausgesprochene Gestattung der Fruchtaneignung unwiderruflich (458 ff.). Das ergiebt sich, mag man diese Gestattung, wie die Motive (III 368), als eine dem § 145 unterfallende — natürlich unwiderrufliche — Offerte ansehen, oder aber in dem Pachtvertrage bereits nicht nur die Veräußerungserklärung des Frucht eigenthümers, sondern auch die Annahmeerklärung des Erwerbers, also die Einigung der Parteien erblicken, die in Verbindung mit der Besitzergreifung den Uebergang des Eigenthums bewirkt. Diese Willenseinigung bleibt bestehen. Alles dies ergiebt sich aus den allgemeinen Grundsätzen über vertragliche Abreden.

Die Vorschrift des § 956 erklärt sich demgegenüber lediglich aus Reminiszenzen an die herrschende gemeinrechtliche Lehre, unter deren Herrschaft die Kommission stand. Aber das argumentum e contrario, daß der Verpächter, wenn der Pächter sich nicht im Besitze der Sache befindet, seine Erklärung bis zur Besitzergreifung widerrufen könne, darf hier nicht gezogen werden. Daraus ergiebt sich, daß der Satz 2 des Abs. 1 lediglich eine überflüssige Wiederholung eines allgemeinen Grundsatzes des Gesetzes ist. Die vertragsmäßige Gestattung der Aneignung von Sachen ist schlechthin unwiderruflich (462).

V. Aneignung.

§ 958. 1. Die Aneignung macht den Erwerber auch ohne sein Wissen und Wollen zum Eigenthümer, sie ist kein Rechtsgeschäft und kann auch von Geschäftsunfähigen vorgenommen werden. Cosack II 131, Maenner 152, Leonhard, Allg. Theil 253; a. M. Binder, Rechtliche Stellung des Erben, Manigk, Rechtsgeschäfte 127 ff., 135 ff.

Beschränkte Rechte an der Sache werden durch die Aneignung nicht berührt. Cosack II 132.

2. Nimmt Jemand eine herrenlose Sache in Besitz, aber nicht für sich, sondern für einen Anderen, so erwirbt der Andere Eigenbesitz und bei Mittheilung der Besitzergreifung und Herstellung eines den mittelbaren Besitz begründenden Verhältnisses Eigenthum, wenn er die Sache in seinen mittelbaren Besitz nehmen will. Bis dahin bleibt die Sache, da noch in Niemandes Eigenbesitz, herrenlos; a. A. Leonhard, Vertretung beim Fahrnißerwerb 114 ff.

3. a) Abs. 2 des § 958 erstreckt sich namentlich auf Verhältnisse der Jagd, der Fischerei und des Vogelfanges. Unter die Verbote im Sinne der Gesetzesstelle können auch sogenannte Schonvorschriften (nach den Reichs- und Landesgesetzen) fallen. Es ist aber, um in dieser Hinsicht die in den Prot. der II. Komm zu vermissende Klarheit über die thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu gewinnen, zwischen verschiedenen Arten von Schonvorschriften, mit Berücksichtigung ihrer Tragweite und Zweckbestimmung, zu unterscheiden. v. Staudinger, Seuff. Bl. 63 285 ff.

b) **RG.** R. **02** 157 N. 786. Die Inbesitznahme eines jagdbaren Thieres durch einen Unberechtigten macht weder diesen noch auch den Jagdberechtigten zum Eigenthümer, da BGB. einen Eigenthumserwerb durch unfreiwillige Stellvertreter nicht kennt. Im Falle der Aneignung durch einen unberechtigten Dritten (Wilderer) bleibt die betreffende Sache herrenlos.

4. Auch durch Aufgabe des Mitbesitzes kann eine Sache herrenlos werden. Dann hat der andere Mitbesitzer die Aneignungsmöglichkeit durch Erweiterung seines Besitzwillens. Bis zu dieser Willensänderung kann aber jeder Dritte sich die Sache aneignen. M. Wolff, Iherings J. **44** 194—196.

5. Kretzschmar, Das Eigenthum an Grundstücken, SächsA. **11** 526. Nicht zu verwechseln mit dem Falle der Verletzung des Aneignungsrechts eines Anderen oder des Verbots, durch welches bestimmte Thiergattungen, wie z. B. Singvögel, vom Jagdrecht ausgeschlossen sind (§ 958 Abs. 2), ist der Fall, wo ein jagdbares Thier innerhalb der Schonzeit erlegt wird. Zwar verstößt hier der Jäger auch gegen ein gesetzliches Verbot, das Verbot betrifft aber nicht die Aneignung, sondern nur die Ausübung der Jagd.

§ 959. 1. Hellwig, Rechtskraft 271 ff. Voraussetzung ist, daß die Aufgabe des Eigenthums durch den Eigenthümer geschah. Der Okkupant begründet zwar sein Eigenthum in originärer Weise, aber er leitet die condicio occupandi von dem früheren Eigenthümer ab. Insofern liegt ein abgeleiteter Rechtserwerb vor. Daher ist CPO. § 325 Abs. 1 anwendbar (273). Dagegen wird die Verurtheilung zur Herausgabe gegen den Okkupanten nicht rechtskräftig, da er nicht Besitznachfolger ist (274).

2. Durch die Dereliktion werden dingliche Rechte Dritter an der Sache ebensowenig berührt, wie durch die sich etwa anschließende Aneignung seitens eines Anderen. Manigk, Rechtsgeschäfte 149. Es giebt auch eine Dereliktion solo animo. Manigk 195, 150 165 in Uebereinstimmung mit Dernburg. Die Dereliktion ist keine Tradition in incertam personam. Manigk 183.

3. Aus der Praxis.

RMG. 3 11 ff. Die Auffassung, daß unter allen Umständen zum Aufgeben des Besitzes einer Sache die Erklärung des Besitzers, den Besitz nicht mehr haben zu wollen, genügt, ist unrichtig. Gerade umgekehrt ist Grundsatz, daß nur ausnahmsweise die bloße Aeußerung des Aufgabewillens den Verlust des Besitzes herbeiführt. (Ebenso Planck, Neumann, Dernburg, Cosack, Biermann, Enneccerus-Lehmann, Strohal, Leske, Haidlen bezüglich des § 856.) Regel ist, daß in allen denjenigen Fällen, in denen der Besitzer in Wahrheit die thatsächliche Gewalt über die Sache hat, in denen also das thatsächliche Verhältniß des Besitzers zur Sache der Art ist, daß gerade dadurch die Ausübung des Besitzes erfolgt, auch nur eine Aenderung dieses thatsächlichen Verhältnisses den Verlust des Besitzes herbeiführen kann. (Ein Oberleutnant hatte, als er auf einige Monate abkommandirt wurde, beim Antritt seiner Reise auf die Frage seines Burschen, ob ein gewisser Sattel auch mitgenommen werden solle, geantwortet: „Nein, ich will den Sattel nicht mehr haben, Sie können damit machen, was Sie wollen." Das **RMG.** nahm anders als das Oberkriegsgericht an, daß Herrenlosigkeit nicht eingetreten sei. Der Oberleutnant war trotz des Einbringens des Sattels in den Stall der Batterie und des Belassens in ihm wirklicher Gewalthaber des Sattels geblieben und hatte den Besitz auch fortdauernd ordnungsmäßig durch gelegentliche Benutzung ausgeübt. Es hätte also zu der auf Aufgabe des Eigenthums gerichteten Willenserklärung noch eine Aenderung dieses thatsächlichen Verhältnisses hinzutreten müssen, um den Besitz- und Eigenthumsverlust herbeizuführen.)

Denselben Fall behandelt schon RMG. 2 96 ff., wo die Auffassung mißbilligt wird, daß der Sattel deshalb keine herrenlose Sache gewesen sei, weil „in militärischen Diensträumen verwahrte, zum Dienstgebrauche bestimmte, wenn auch im privaten Eigenthum stehende Sachen solange nicht als herrenlos angesehen werden könnten, als für die Geltendmachung des Verwahrungsrechts des Inhabers jener Räume jeder Grund weggefallen sein." Es wird betont: dadurch, daß eine herrenlose Sache in den Gewahrsam eines Anderen gelangt, hat sie nicht aufgehört, eine herrenlose zu sein.

Weiterhin wird für den Begriff der Herrenlosigkeit gefordert, daß das Eigenthum schlechthin, nicht nur zu Gunsten einer bestimmten Person aufgegeben worden ist. Dieser kundgegebene Verzichtswille muß durch thatsächliche Lossagung von der Sache bethärigt sein. Hierzu genügt die oben angeführte Aeußerung (s. d. Entsch. 3 11 ff.) nicht. Die Frage, in welcher Weise die thatsächliche Entäußerung sich vollziehen kann, ist verschieden zu beantworten für den mittelbaren und unmittelbaren Besitz.

§ 960. 1. Der Begriff „wilde Thiere" steht im Gegensatze zu den „zahmen Thieren". Nebenbegriffe: gezähmte Thiere, Hausthiere, gefangene Thiere. Der Ausdruck: „Thiergärten" ist nicht gleichbedeutend mit „zoologische Gärten", sondern umfaßt namentlich auch die „Wildparks". Der Begriff „Teich" ist bedingt dadurch, daß ein stehendes Gewässer abgeschlossen ist in einer Weise, welche einen Wechsel der darin befindlichen Thiere in ein anderes Gewässer nicht gestattet.

2. Bei Teichen mit Floßverbindung unterliegen die Fische so lange nicht der Okkupation, als die Floßverbindung in Folge Wassermangels aufgehoben ist BayrObLG., Seuff. Bl. 66 157.

3. Ausschreiben in der Zeitung ist kein Verfolgen. Maenner 153.

4. a) Berger, Die Stellung der wilden Kaninchen im Civil- und Strafrecht (1901) 16 führt aus: die Aneignungsfreiheit ist keine unbeschränkte. Derjenige, der wilde Kaninchen auf einem fremden Grundstücke sich aneignen will, muß es verlassen, sobald der Eigenthümer ihn hierzu auffordert, ihm das weitere Betreten des Grundstücks verbietet. Der Eigenthümer kann auch zur Besitzstörungs- oder Eigenthumsschutzklage greifen.

Dagegen hat der Eigenthümer einem Jagdpächter gegenüber das Verbietungsrecht nicht. Nimmt er gleichwohl ein wildes Kaninchen in Eigenbesitz, so erwirbt er das Eigenthum.

Steht ein Zueignungsverbot entgegen, so vollzieht sich zwar der Akt der Zueignung mit den Wirkungen des Besitzes und der Innehabung, aber ohne Eigenthumserwerb (20). Der § 958 Abs. 2 bildet eine auf eine Zwangskonstruktion aus öffentlichen Gründen zurückzuführende Ausnahme (22). Ein privates Zueignungsverbot hat nicht die Wirkung.

22 ff. widerlegt er die Ansicht, die bezweifelt, daß der Grundeigenthümer die „Kaninchennutzung" rechtswirksam verpachten könne, weil die Nutzung einer herrenlosen Sache nicht Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein könne und der Pächter somit ein Recht pachte, welches er kraft Gesetzes ohnehin aus eigenem Willen in gewissem Umfange ausüben könne, mit der Begründung, der Vertrag sei obligatorischer Natur, rechtsgültig, verfolge ein schutzwürdiges Interesse und verstoße nicht gegen die guten Sitten.

b) Delius, VerwA. 8 110—116, Jagd und Fang wilder Kaninchen, erörtert die Rechtsgültigkeit der auf Grund des § 15 des Wildschadengesetzes vom 11. Juli 1891 (GS. 307), welches eine lex imperfecta ist, also eine Strafandrohung nicht enthält, erlassenen Polizeiverordnungen und kommt zu dem Ergebnisse, daß die Oberpräsidialverordnung für die Provinz

Brandenburg vom 14. Juni 1824 rechtsungültig ist, weil sie für den Fang der jetzt dem freien Thierfang unterliegenden wilden Kaninchen die Erlaubniß der Jagdberechtigten nicht verlangt, nach dem durch Art. 89 PreußAG. z. BGB. aufrechterhaltenen § 35 II. 16 ALR. aber in Wäldern und Jagdrevieren dem freien Thierfang unterliegende Thiere nur vom Jagdberechtigten aufgesucht und Jagden nach denselben angestellt werden dürfen. Die Frage, ob eine Uebertretung des § 35 II. 16 ALR. auf Grund des § 368[10] StGB. bestraft werden kann, bejaht der Verfasser, hält es aber bei der Zweifelhaftigkeit derselben für angezeigt, im Wege der Polizeiverordnung die nöthige Strafvorschrift zu schaffen.

Da durch Art. 89 a. a. O. der § 115 I. 9 ALR. aufgehoben ist, so ist die Verpflichtung der Okkupanten, die gegen Wissen und Willen des Grundeigenthümers erbeuteten nicht jagdbaren Thiere unentgeltlich diesem herauszugeben, weggefallen.

§ 961. 1. Pritzl, Das Recht an Bienen nach dem BGB., Seuff. Bl. **66** 457 ff. a) Das Gesetz bestimmt nicht, ob es Jedermann erlaubt ist, auf seinem Grund und Boden Bienen zu halten; es versteht sich von selbst, daß dieses Recht ein natürlicher Ausfluß des Eigenthumsrechts ist. Die Grenzen geben §§ 903, 906 an. Das Eindringen von Bienen stellt sich als eine „ähnliche Einwirkung" im Sinne des § 906 dar. Unter Umständen kann das Halten von Bienen dem § 226 unterfallen. Auch der Nutznießer hat das Recht, Bienen zu halten. Sind Bienenstöcke Zubehör des Grundstücks, so gehört der Honigertrag dem Nutznießer; auch hat er an den vorhandenen Bienengeräthschaften das Gebrauchsrecht; dagegen darf der Miether eines Hauses oder Zimmers ohne Erlaubniß des Vermiethers Bienen nicht halten.

b) Die Frage, ob die Biene ein wildes Thier ist, ist naturwissenschaftlicher Art; sie ist hinsichtlich des Eigenthumserwerbes von praktischer Bedeutung. Herrenlos werden Bienen, wie alle anderen beweglichen Sachen, zunächst dann, wenn der Eigenthümer die Inhabung, ohne sie einem Anderen einzuräumen, aufgiebt, mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung, das Eigenthum aufzugeben; bei lebenden Wesen muß hinzutreten: das Befreien aus dem Eigenthumsverbande wider Willen des Herrn durch eigene Kraft.

c) Das BGB. unterscheidet wilde, zahme und gezähmte Thiere. Die Biene gehört zu den wilden, aber zähmbaren Thieren. Ein gezähmtes Thier ist ein solches, das regelmäßig ab- und zugeht oder ab- und zufliegt und von den Menschen hauptsächlich psychisch beherrscht wird. Für die (wilden) nicht in Stöcken gehaltenen Bienen gilt § 960. Die §§ 961—964 stellen Besonderheiten hinsichtlich des Eigenthumserwerbes und -Verlustes an Bienenschwärmen auf.

2. Pritzl a. a O. 461 ff. a) In Betracht kommt für den Begriff der „Unverzüglichkeit" § 121; ein späteres Handeln ist nur dann wirksam, wenn die Verspätung nicht auf Fahrlässigkeit nach § 276 beruht.

b) Auch für das Einfangen eines Schwarmes ist keine Frist bestimmt, nach deren Ablaufe die Herrenlosigkeit eintritt. Mit Staudingers Kommentar III 109 ist anzunehmen, daß der Eigenthümer, solange sich der Schwarm noch auf seinem Grund und Boden befindet, die Okkupation durch Dritte kraft seines Eigenthumsrechts verhindern kann. Doch hat er ihn noch nicht dann verloren, wenn er ihm aus dem Gesicht gekommen ist, selbst dann nicht, wenn er momentan nicht weiß, wo sich der Schwarm befindet. Es kann ihm nicht zugemuthet werden, beständig den Auszug der Bienen zu erwarten und zu beobachten; auch können äußere Hindernisse die Verfolgung erschweren; auch ist es manchmal nicht möglich, den in die Ferne fliegenden Schwarm wegen seines scharfen Fluges gleich oder unverzüglich zu verfolgen.

c) Für die Zueignung herrenloser Schwärme gilt § 958. Der Eigenthümer des Grund und Bodens, auf dem der Schwarm gefunden wird, hat kein

prinzipielles, die Besitzergreifung dritter Personen ausschließendes Recht am Bienenschwarme. Auch wer wider seinen Willen eingedrungen ist, wird durch Besitzergreifung Eigenthümer und bleibt es auch. Natürlich aber darf er Jedem, der ihm gegenüber sein Eigenthum am Schwarme nicht nachweisen kann, das Betreten verbieten und so zumeist zuerst das Recht der Aneignung wahrnehmen.

§ 962. 1. a) Der Eigenthümer des Schwarmes kann von dem Eigenthümer des Grundstücks nicht bloß verlangen, daß dieser ihm das Betreten des Grundstücks gestatte, er darf ohne Erlaubniß in das Grundstück eindringen. Es handelt sich also keineswegs bloß um eine Anwendung der §§ 867, 1005. Biermann. A. M. Neumann.

b) Pritzl a. a. O 462. Das unbedingte Betretungsrecht des Bienenhalters bildet eine Eigenthumsbeschränkung.

2. Zu Satz 2. Der Schaden an den Waben, der hier leicht entstehen kann, ist nicht leicht feststellbar, da meistens nur Affektionswerth vorliegt. Vorherige Sicherheitsleistung, wie nach § 867, kann nicht verlangt werden. Ein Verschulden ist für den Schadensersatzanspruch nicht Voraussetzung. Als Zufall darf aber nicht geltend gemacht werden, was gemeinhin in Sorglosigkeit oder Ungeschicklichkeit seinen Grund hat. Pritzl a. a. O.

§ 963. Pritzl a. a. O. 463 ff. Sind nicht verfolgte Schwärme dabei, so haben die Eigenthümer auf die Bestimmung der Antheile keinen Einfluß. Miteigenthum tritt wie nach § 947 Abs. 1 ein; doch im Gegensatze zu § 947 bestimmen sich die Antheile nach der Zahl der verfolgten Schwärme, nicht nach dem Werthe. Im Zweifel stehen gemäß § 742 den Theilhabern gleiche Antheile zu. Der Bienenschwarm ist niemals eine Sachgesammtheit, als ein Naturganzes anzusehen. Die Königin ist die eigentliche Trägerin des Werthes und Lebens eines Stockes, die einzelne Biene lediglich ein individuelles Geschöpf und Bruchtheile von Schwärmen ohne Königin so gut wie werthlos. Da demnach die Theilung gemäß § 749 ausgeschlossen ist, so erfolgt die Aufhebung der Gemeinschaft gemäß § 753.

§ 964. Pritzl a. a. O. 464. Es besteht hier kein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung im Gegensatze zu § 951; es liegt hier vielmehr eine vom Gesetze gebilligte Bereicherung vor, die keinen Ersatzanspruch zuläßt. Diese Bestimmung ist wegen der Noth-, Hunger- oder Bettelschwärme gerechtfertigt, weil diese meist aus Mangel an Nahrung in fremde, besetzte Bienenwohnungen einfallen, durch gegenseitiges Abstechen der Wohnung erheblichen Schaden bringen und der Einfall solcher Schwärme meist auf schlechte Pflege und Vernachlässigung in der Zucht zurückzuführen ist.

Ebenso Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensschiebung 40 und Sturm, Bienenrecht in seinen Beiträgen zum römischen Rechte (1891) 58. Es handelt sich um Bettelschwärme, bei denen nach der Natur der Sache das Ausziehen eine Folge nachlässig betriebener Zucht ist. Wegen dieser verschuldeten Ursache ist eine durchgreifende Norm gegeben, die Bereicherung ausgeschlossen worden.

VI. Fund.

§ 965. 1. a) V. Hilse, Eger's Eisenb. E. u. A. **16** 165. Ein wesentliches Merkmal der gefundenen Sache ist, daß die Inhabung des Verlierers ohne dessen Willen aufgehoben ist. Es sind deshalb verlorene und zurückgelassene, gefundene und aufgefundene Sachen streng auseinanderzuhalten. Unter verlorenen sind nur solche zu verstehen, welche der Inhabung ihres früheren Besitzers entzogen sind, ohne daß dieser den Ort, wo solches geschehen sein könnte, zu bestimmen vermag, während als zurückgelassene alle diejenigen gelten müssen, betreffs deren die Umstände so gestaltet sind, daß trotz

der Aufhebung der bisherigen Inhabung die Sache einer gewissen Aufsicht und Fürsorge um deswillen unterstellt geblieben ist, weil der Ortsbezirk, in welchem der Verlust sich zutrug, einer solchen Aufsicht und Fürsorge in Ansehung der dort befindlichen Sachen untersteht. Nur verlorene Sachen können gefunden, zurückgelassene aber bloß aufgefunden werden.

b) Cosack II 140 wirft folgende Fragen auf: welches ist der Unterschied zwischen der „verlorenen" Sache hier und den „gestohlenen, verlorenen und sonst abhanden gekommenen" Sachen in §§ 936, 1006 u. A? — Wer ist Finder, wenn der Eine die Sache „findet", der Andere sie in Besitz nimmt? Muß der Finder die Sache als verloren erkannt haben?

2. Josef, Rechtserwerb aus unerlaubten Handlungen, A bürgR. **20** 45. **Wenn man früher auf Grund des § 35 ALR. I. 3 denjenigen mit dem Anspruch auf Finderlohn abgewiesen hat, welcher bemerkte, daß seinem Begleiter eine Sache entfiel und sie an sich nahm, so wird man heute überhaupt nicht von einem „Verlieren" und „Finden", sondern von einem Wegnehmen sprechen können; jedenfalls wäre der Anspruch auf Finderlohn nach § 971 Abs. 2 wegen Verletzung der Finderpflichten ausgeschlossen.**

3. OLG. **4** 332 (Dresden, Strafsenat). **Bei Fundsachen im Werthe unter 3 Mark muß der Finder — zwar nicht gemäß Abs. 2 Satz 2 — wohl aber nach Abs. 1 unverzüglich Anzeige machen. Die sofortige Anzeige oder Mittheilung nach Abs. 1 liegt dem Finder sinngemäß auch dann ob, wenn ihm eine zur Empfangnahme der Mittheilung berechtigte Person zwar nicht von vornherein bekannt war, aber sich bei ihm später anmeldet, und ein Grund, ihren Angaben zu mißtrauen, nicht vorliegt. Wenn ein Dritter bei ihm gerade wegen der gefundenen Sache Nachfrage hält, so darf er im Zweifel und beim Mangel jeglichen Anlasses zu einer gegentheiligen Unterstellung allerdings annehmen, daß er mit einem zum Empfange einer Nachricht über die Sache Berechtigten zu thun und ihm gemäß Abs. 1 eine Mittheilung zu machen habe. Die Annahme, daß sich der Finder selbst so lange als Eigenthümer betrachten und deren Herausgabe und jede Erklärung über ihren Besitz so lange habe ablehnen dürfen, bis ihm ein Dritter sein Eigenthum daran nachgewiesen habe, ist unhaltbar. Etwas Anderes wäre es, wenn die Abforderung und Herausgabe der Sache in Frage gestanden hätte und nicht eine Auskunft über ihren Verbleib, wie im vorliegenden Falle. Unter einer solchen Nachfrage (vgl. auch § 971 Abs. 2) ist nicht etwa nur diejenige einer sich in jeder Hinsicht über ihr unbestrittenes Eigenthum oder ihre sonstige Berechtigung zur Nachfrage völlig auszuweisen fähigen Person zu verstehen. Mindestens auf die Anfrage eines sich durch Bezugnahme auf die dem Finder bekannte Verlustthatsache Ausweisenden hat der Finder die Auskunft zu ertheilen.**

4. Du Chesne, Der Anspruch auf Dulden, SächsA. **11** 536 ff., **erörtert den Fall, daß einem obdachlosen Bettler ein Hund zuläuft, ohne daß dieser ihn an sich lockt noch aber wegtreibt, sich überhaupt nicht um ihn kümmert. Anwendbar können die Vorschriften über den Fund werden. Wem das verlaufene Thier sich so nähert, daß er es in Besitz nehmen kann, der findet es. Die §§ 965 ff. sind aber erst anwendbar, wenn der Finder die Sache auch an sich nimmt; erst durch die Handlung des Ansichnehmens entsteht für ihn die Verpflichtung zur Anzeige. Es wäre aber eine äußerst weitgehende Auslegung, ein durchaus passives Verhalten, das Nichtvertreiben, als Ansichnehmen zu behandeln.**

§ 966. Leonhard, Besitzerwerb 71 ff. **Es ist für den mittelbaren Besitz des Verlierers unerheblich, ob der Finder die Absicht hat, für den unbekannten Verlierer zu erwerben. Von Bedeutung ist es nur, wenn der Finder etwa mit dem Aufsuchen der Sache beauftragt oder als gesetzlicher Vertreter betraut ist —, nicht**

aber sein bloßer Wille. Daher darf die ganze Frage nach dem mittelbaren Besitze des Verlierers ohne Rücksicht auf den Willen nur einheitlich bejaht oder verneint werden. Er entscheidet sich mit Gierke, Strohal, Endemann, Lehmann, Biermann gegen Wendt und Bartels, aber ohne die Gründe der ersteren zu billigen, dahin, daß der Verlierer kein mittelbarer Besitzer sei, indem er darauf hinweist, daß nach § 966, der die einzige Grundlage der gegnerischen Beweisführung bilde, der Verlierer zur Verwahrung zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet sei; die Pflicht zum Besitze sei aber neben dem Rechte zum Besitz ein wichtiges Merkmal des mittelbaren Besitzes. Vgl. über diese Frage auch oben zu § 868 Note 2b.

§ 971. 1. Der Finderlohn beträgt, wenn der Sachwerth (W) größer ist als 300 M. und es sich nicht um den Fund eines Thieres handelt, $\frac{W}{100} + 12$ M. (z. B. 212 M. bei W = 20 000 M.), sonst $\frac{W}{20}$ bzw. $\frac{W}{100}$. Langheineken, Mathem Bemerkungen zum BGB. I 21.

2. Strohal, R. 01 160. Dem Finder eines Sparkassenbuchs gebührt nicht der Finderlohn, der dem Betrag, auf den das Buch lautet, entspricht, sondern nach Abs. 1 Satz 3 ein nach billigem Ermessen zu bestimmender (vgl. Iherings J. **30** 162 ff.).

3. Abs. 2. Die Verletzung der Anzeigepflicht setzt ein Verschulden des Finders voraus. Dernburg III 337.

§ 973. 1. Strohal, R. **01** 161. Der Finder eines Sparkassenbuchs erwirbt mit dem Zeitablaufe keinesfalls das Eigenthum am Buche, denn den Gegenstand des Fundes bildet nicht die Forderung des Sparkassengläubigers, sondern nur das Buch. Das Eigenthum an diesem kann aber nicht vom Gläubigerrechte getrennt werden und verbleibt daher auch nach Ablauf der Jahresfrist dem bisherigen Gläubiger.

2. Abs. 2 Satz 2 ist analog auf Sachen anzuwenden, die mehr als 3 M. werth sind. Cosack II 142 Anm. 17.

§ 974. Das Bekanntwerden eines Empfangsberechtigten wahrt die Rechte aller Empfangsberechtigten. Cosack II 143.

§ 977. Die Erwähnung des § 974 im Gesetzestexte des § 977 wird von Haidlen als ein offenbares Redaktionsversehen bezeichnet; ihm schließen sich Kober-Staudinger an; ebenso Endemann (EG. II 345 N. 21). Dagegen Neumann und Biermann.

§ 978. 1. B. Hilse a. a. O. 166 ff. wendet sich gegen die vielfach vertretene Ansicht, daß ein Unterschied walte, ob das Beförderungsmittel einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Verkehrsanstalt oder einer anderen den gleichen Zweck verfolgenden Person gehört. Es ist aber die Verkehrsanstalt gleichbedeutend mit Verkehrseinrichtung oder Verkehrsunternehmer gedacht. Nach ihm können vielmehr weder in den Fahrzeugen der Eisenbahnen, der Straßenbahnen, der Omnibusse und Droschken noch in Gastzimmern oder Restaurationsräumen (Gasthaus **31** 611), noch in Theatern oder Concertsälen (Bürgerkunde **99** 82) von den daselbst verkehrenden Personen eingebrachte Gegenstände verloren, vielmehr blos zurückgelassen werden, woraus folgt, daß, wer solche Sachen findet, sie nicht an sich nehmen darf, vielmehr ohne Anspruch auf Finderlohn dem Betriebsinhaber oder dessen Bediensteten ausliefern muß, der sie seinerseits aufzubewahren und gebührenfrei dem Empfangsberechtigten zurückzugeben hat.

2. Satz 2. Trotzdem hat auch hier der Finder Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen (§ 970). Analogie aus § 994. Dernburg III. 340, § 116 Ziff. 2.

3. Zu den Geschäftsräumen im Sinne des Paragraphen gehören auch Gänge, Bahnsteige, Hallen u. s. w. Enneccerus=Lehmann § 65 Ziff. 5.

§ 984. 1. Schatz sind auch Sachen, die den Todten mit ins Grab gegeben wurden (Waffen, Ringe, Spangen). Entdecker ist weniger als Finder (§ 965). Entdecker ist schon derjenige, der den Schatz nur bloßlegt. Die Besitzergreifung muß Folge der Entdeckung sein. Anderen Falles treten die Grundsätze des Fundrechts ein, der Entdecker geht dann leer aus. Biermann.

2. Wenn ein Dritter ohne Vorwissen des Entdeckers und des Eigenthümers der Sache, in der der Schatz verborgen war, den Schatz in Besitz nimmt, so macht er jene beiden zu Eigenthümern. Cosack II 144. Ebenso Dernburg III. 343.

3. KGJ. **24** A 245 (KG.) Bei dem Rechte des Eigenthümers an dem in seinem Grundstück entdeckten Schatze handelt es sich nicht um ein mit dem Eigenthum an dem Grundstücke verbundenes, subjektiv=dingliches Recht, das nach § 96 als Bestandtheil des Grundstücks anzusehen wäre. Bis zur Hebung des Schatzes besteht ein Recht des Eigenthümers überhaupt nicht, sondern lediglich eine durch diesen Umstand bedingte Erwerbsmöglichkeit. Mit der Hebung wird kraft Gesetzes vom Grundstückseigenthümer das Miteigenthum oder auch, falls er selbst der Entdecker ist, das Alleineigenthum an dem Schatze erworben, und zwar zur freien Verfügung, nicht etwa als ein mit dem Grundbesitze verknüpftes Recht. Darum ist die Uebertragung des Eigenthums am Schatze vor der Entdeckung rechtlich unmöglich und nachher an die gewöhnlichen Formen des Mobiliarsachenrechts gebunden. Eine obligatorische Verpflichtung des derzeitigen Eigenthümers, den Antheil an dem eventuell zur Hebung gelangenden Schatze zu übertragen, wäre denkbar, ist aber von der Eintragung in das Grundbuch (als Vormerkung) ausgeschlossen, weil nicht der Erwerb eines Liegenschaftsrechts, sondern der einer beweglichen Sache in Frage steht.

4. B. Hilse, Baugewerks=Ztg. **32** 303 tritt dem Gewerbegebrauche, die gelegentlich der Bauausschachtungen vorgefundenen Werthgegenstände einfach sich anzueignen, entgegen, weil an dem Schatze nur der Grundeigner mit dem Auffinder je zur Hälfte anspruchsberechtigt werden, so daß den ihn entdeckenden Bauarbeitern, nicht aber dem diese beschäftigenden Bauunternehmer solcher zufällt.

Vierter Titel.

Ansprüche aus dem Eigenthume.

§ 985. 1. Passivlegitimation. a) Der mittelbare Besitzer. Ist die Verfolgung des Eigenthumsanspruchs auf Herausgabe der Sache auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig? Gegen Wendt (A.civPr. **87** 68 ff.) und Bartels (Gruchots Beitr. **42** 652 und Verh. des 24. Deutsch. Juristentags III 3 ff) wird die Frage unter ausführlicher Darlegung bejaht von Strohal (Iherings J. **38** 126 ff. und SächsA. **8** 341 ff.). Ebenso Gierke, Verh. des 24. Deutsch. Juristentags III. 29 ff., Fischer, DJZ. **98** 367 ff. Dernburg (2) 346 f. Cosack, Lehrbuch II. 162 f. Kohler, Vertrag und Uebergabe, A.bürgR. **18** 80. Friedrichs, Prozeßpraxis 888. Gierke, Fahrnißbesitz 53 ff. Buhl 75. Leske 431.

OLG. 5 154 (Dresden), SächsA. **12** 753 ff. Der Anspruch aus § 985 greift auch gegenüber dem bloß mittelbaren Besitzer Platz. Der angezogene Paragraph unterscheidet nicht zwischen den beiden Arten des Besitzes und die in dem Entwurfe zweiter Lesung von 1892 § 899 Abs. 2 aufgenommene Bestimmung, daß gegenüber einem mittelbaren Besitzer dem Eigenthümer ein Anspruch auf Ueberlassung des mittelbaren Besitzes nicht zustehe, ist von der Kommission wieder

beseitigt worden (vgl. Mugdan, Materialien 3 670). Die hier vertretene, allerdings von verschiedenen Seiten (vgl. Strohal, SächsA. 8 342) nicht getheilte Ansicht ist auch als die bei weitem herrschende zu bezeichnen. Planck Note 1 α β zu § 985.

Kretzschmar, SächsA. 12 642 führt gegen Planck 250 f. aus, daß die Klage aus § 985 auch gegenüber dem mittelbaren Besitzer auf Herausgabe der Sache gehe, und hält jeden Zweifel hierüber für ausgeschlossen, soweit es sich um einen bösgläubigen Besitzer handelt, da dieser sich nach § 990 nicht darauf berufen könne, daß er die Sache in Folge ihrer Ueberlassung an den unmittelbaren Besitzer nicht herauszugeben vermöge, und führt hinsichtlich des gutgläubigen Besitzers aus: diesem wird eine solche Einwendung unter Umständen allerdings nicht zu versagen sein, so daß der Eigenthümer sich dann nach § 281 mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs begnügen muß. Aber jedenfalls kann der Eigenthümer seinen Klagantrag auch gegenüber dem gutgläubigen, mittelbaren Besitzer auf Herausgabe der Sache richten und abwarten, bis der Beklagte seine Unfähigkeit zur Herausgabe der Sache einwendet und nachweist. Ist der unmittelbare Besitzer in der Lage und bereit, die Sache an den mittelbaren Besitzer zurückzugeben, so ist nichts ersichtlich, was der Verurtheilung des mittelbaren Besitzers zur Herausgabe der Sache entgegenstände. Nur so läßt sich den berechtigten Interessen des Eigenthümers genügen, da der Eigenthümer von der Ueberlassung der Sache an den unmittelbaren Besitzer nichts zu wissen braucht und sich auch aus einer sofortigen Belangung des unmittelbaren Besitzers Weiterungen ergeben können.

b) Die Klage kann auch gegen beide zugleich gerichtet werden. Bendix, Privatrecht 571. Vgl. auch Maenner 159.

c) Die ficta possessio begründet den Eigenthumsanspruch nicht. Maenner, 160. Dagegen will Hellwig, Anspruch und Klagerecht, 50 Note 21, aus BGB. §§ 816, 990 und CPO. § 268 Nr. 3 noch eine Klage gegen den qui desiit possidere (nicht dolo malo) zulassen.

d) Unzulässig ist die Eigenthumsklage gegen den Inhaber. Cosack II 163. Nach Isay, Geschäftsf. 296 ist auch der Besitzdiener passiv legitimirt.

2. Voraussetzung des Anspruchs auf Herausgabe ist, daß ein Dritter sich im Besitze der Sache befindet (eine besondere verletzende Handlung des Besitzers wird nicht gefordert), oder daß eine andere thatsächliche Beeinträchtigung des Eigenthümers stattgefunden hat. Der Anspruch aus § 985 geht dem Anspruch aus § 861 vor. Die Herausgabe ist eine positive Leistung, nicht nur die Duldung der Wegnahme. Hellwig, Anspruch 27 ff.

Nicht die Erlangung des Besitzes einer fremden Sache bildet die „Klageveranlassung", sondern die Verletzung des Eigenthums bildet den rein materiellrechtlichen Grund für den Eigenthumsanspruch. Hat der Beklagte den Besitz nie gehabt, so war die Klage niemals gegen ihn begründet; hat er ihn nicht mehr, so ist die Forderung auf Herausgabe untergegangen. Ist der Kläger nicht Eigenthümer, so wird ihm die Herausgabe nicht geschuldet. Die Klage auf Feststellung des Eigenthums dagegen ist vom Besitz unabhängig (32 ff.).

Der Anspruch auf Herausgabe des Besitzes geht mit dem Eigenthum auf dessen Erwerber über (Rechtsnachfolge). Daher ist für den Grundstückserwerber die Verurtheilung des dritten Besitzers zur Herausgabe, die der Auflassende erwirkt hat, wirksam und vollstreckbar. Das gilt auch für den Anspruch aus § 1004. Hellwig, Subjektive Grenzen der Rechtskraft 244 f.

Nach Cosack 162 hat der Beklagte gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe eines Grundstücks seine Behauptung, daß ein Zubehör des Grundstücks dem Kläger nicht gehöre, zu beweisen.

OLG. 5 153 (KG.). Besteht nur der Eigenthumsanspruch aus § 985, so genügt die Bezeichnung eines Inbegriffs nicht, es müssen die einzelnen Sachen, deren Herausgabe gefordert wird, angegeben werden (§ 260 setzt einen besonderen Verpflichtungsgrund, z. B. §§ 666, 667, 1035 ff. voraus).

RG. JW. **02** Beil. 179 ff. Neben der ordentlichen Eigenthumsklage aus § 985 und der negatorischen Klage aus § 1004 besteht auch nach BGB., wenn darin auch nicht ausdrücklich erwähnt, die Eigenthumsfeststellungsklage unter den Voraussetzungen des § 256 CPO.

Anspruch des Eigenthümers einer beweglichen Sache auf Herausgabe, Vermuthung zu Gunsten des Besitzers, daß er Eigenthümer sei: Widerlegung dieser Vermuthung durch den Nachweis unfreiwilligen Besitzverlustes; Erwerb des Zubehörs; Einrede des Beklagten aus dem Rechte zum Besitze der Sache. Vgl. Urtheil des OLG. Dresden, SächsA. **12** 756 ff.

§ 986. 1. Kohler, A.bürgR. **18** 90 ff. erörtert das Verhältniß des § 986 zu den §§ 571 ff. — s. o. zu § 931 Ziff. 1 — und beantwortet die Frage, ob es genügt hätte, um den Grundsatz „Kauf bricht nicht Miethe" zum Ausdrucke zu bringen, den Abs. 2 des § 986 auf unbewegliche Sachen zu übertragen und das Citat des § 931 zu erweitern, verneinend. Nach § 986 steht zwar nicht nur der Miether oder Pächter eines Grundstücks oder eines „Raumes", sondern auch der Miether einer beweglichen Sache unter dem Schirme des obigen Satzes; aber §§ 571 ff. bieten noch mehr: α) § 571 verlangt nur „Ueberlassung", Bereitstellung des „Raumes", nicht Besitz des Miethers; β) § 571 giebt dem Miether nicht nur eine Einrede, sondern auch ein Klagerecht auf Erfüllung gegen den Erwerber. γ) Es mußte über die Frage der Cession und Vorauszahlung künftiger Miethzinsen Bestimmung getroffen werden. (S. auch § 999.)

Ueber die Wirkung des § 986 im Falle der Konfiskation a. a. O. 93.

Das Prinzip des § 986 ist also: Der obligatorisch Berechtigte hat an sich nur einen Anspruch gegen den Verpflichteten; ist er aber im Besitze der Sache, so kann er, um sich den Besitz zu wahren, den persönlichen Anspruch auch gegen den Rechtsnachfolger seines Schuldners geltend machen, — also actio in rem scripta, ähnlich wie die Vormerkung des § 883. (Näheres a. a. O. 94 f.)

Abweichend vom römischen Rechte können nach BGB. auch bei dinglichen Klagen Einwendungen aus obligatorischen Verpflichtungen des Klägers diesem entgegengesetzt werden. Ebbecke, Grundsätze 2.

2. Dernburg (2) 267 hält die exceptio rei venditae et traditae auch dann für zulässig, wenn die Eigenthumsklage nicht von dem Verkäufer selbst, sondern von dessen Konkursmasse angestrengt worden ist, weil auch die Konkursgläubiger darauf verwiesen sind, den Eigenthumsanspruch des Gemeinschuldners geltend zu machen. Neumann, Handausg. Note 2 zu § 986 meint, diese Frage beantworte sich nach den konkursrechtlichen Vorschriften.

Stammler, in d. Festgabe d. jurist. Fakultät d. Universität Halle für Dernburg 126 ff., erblickt in der Bestimmung des Abs. 1 Satz 1 des § 986, daß der Besitzer die Herausgabe der Sache verweigern darf, wenn der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigenthümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist, einen Fall einer zulässigen Einrede aus dem Rechte eines Dritten. — Hinsichtlich des Satz 2 des Abs. 1 führt Stammler 129 aus: hier ist die Einrede dem Fremdbesitzer versagt, weil gerade der für den mittelbaren Besitzer begründete Einwand darin seinen Inhalt hat, daß das Behalten auf des letzteren Person beschränkt sei. Aber es bezieht sich nur auf den dinglichen Anspruch des Eigenthümers auf Herausgabe seiner Sache; handelt es sich um eine Weitergabe einer gemietheten oder geliehenen Sache, und es will der Hauptvermiether oder Hauptverleiher gegen den Empfänger

einen eigenen obligatorischen Anspruch geltend machen (§§ 556 Abs. 3, 604 Abs. 4), so steht dieses unter anderem rechtlichen Gesichtspunkte.

3. Abs. 2. Auch der mittelbare Besitzer (gegen den ja ebenfalls die Vindikation zulässig ist) kann sich auf § 986 Abs. 2 berufen. Gierke, Fahrnißbesitz 43.

§ 988. Wenn Jemand beispielsweise ein Wohnhaus herauszugeben hat, so haftet er auch wegen desjenigen Betrags, den er durch eigenes Bewohnen des Hauses erspart hat. Die Herausgabepflicht des Besitzers beschränkt sich keineswegs auf die fructus exstantes im Sinne des bisherigen gemeinen Rechtes. Biermann zu § 988.

§§ 989, 990. OLG. 3 10 (Hamburg). Da der Pfändungspfandgläubiger als Besitzer der Pfandsachen anzusehen ist, so ist bei Nichtgutgläubigkeit Schadensersatzpflicht aus §§ 990, 989 begründet. Sonst bei fahrlässigem Eingriff in Eigenthum des Dritten Schadensersatzpflicht aus § 823.

OLG. 2 267 (Jena). Es genügt zur Begründung der Schadensersatzpflicht nicht die bloße Aufforderung zur Freigabe, sondern — soweit Verschlechterung vor Rechtshängigkeit (vgl. § 989) in Frage steht — es kommt darauf an, von wann ab der pfändende Gläubiger nicht in gutem Glauben, da Bösgläubigkeit nach § 990 Abs. 1 und 2 Voraussetzung seiner Haftung.

RG. JW. 00 562: Für den Anspruch aus Verwendungen ist das Recht zur Zeit der Vornahme maßgebend, weil diese aus einem durch das Verhalten des Besitzers begründeten persönlichen Schuldverhältnisse herrühren.

A. M. OLG. Posen, PosMschr. 02 19 f.: Es kann nicht mit Habicht (3.) 402 und 405 angenommen werden, daß das Innehaben einer fremden Sache neben einer rein dinglichen Seite eine obligatorische Seite enthalte, insofern jeder Besitzer einer fremden Sache vermöge seines Habens auch in einem persönlichen Schuldverhältnisse zum Eigenthümer stehe, so daß hierfür Art. 170 Anwendung finde, vielmehr ist das Rechtsverhältniß zwischen dem Besitzer und dem die Herausgabe der Sache verlangenden Eigenthümer, wenn das Besitzverhältniß bereits zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestand, nach den §§ 986 ff. einheitlich zu beurtheilen.

Riedner, R. 00 183 ff. will alle in den §§ 987 ff. geregelten Ansprüche aus dem Eigenthume, soweit diese Ansprüche aus einer vor dem 1. Januar 1900 stattgehabten Rechtsverletzung erwachsen sind, dem bisherigen Rechte unterwerfen, da diese Ansprüche ihrer rechtlichen Natur nach keine „Ansprüche aus dem Eigenthume," vielmehr Schadensersatz- bzw. Bereicherungsansprüche sind.

§ 992. Buhl 78: Im Falle des § 992 ist nicht erforderlich, daß der Besitzer zugleich bösgläubiger Besitzer im Sinne des Gesetzbuchs ist; dagegen muß bei der Eigenmacht auch ein Verschulden des Besitzers, sei es Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorgelegen haben. Ebenso Biermann zu § 992. Da übrigens in den durch § 992 getroffenen Fällen das Eigenthum des Dritten vorsätzlich oder fahrlässig verletzt wird, ergiebt sich die Haftung wegen unerlaubter Handlung schon aus der allgemeinen Vorschrift im § 823 Abs. 1, so daß § 992 insoweit als überflüssig erscheint.

Aus § 992 in Verbindung mit § 851 folgt, daß Ansprüche wegen Beschädigung nur dem Eigenthümer zustehen, dem Besitzer dagegen nur gemäß §§ 823 ff. Hellwig, Anspruch 33 Note 26.

§ 994. Dernburg (2) 360 im Anschluß an Petrazycki: Unter „nothwendigen Verwendungen" sind nicht nur diejenigen für die Sache aufgewendeten vermögenswerthen Leistungen zu verstehen, welche zur Erhaltung der Sache unentbehrlich sind, sondern auch diejenigen, welche durch die ordentliche Bewirthschaftung der Sache erfordert werden. „Gewöhnliche Erhaltungskosten" sind die Ausgaben, die stetig, wenn auch in verschiedenen Gestaltungen,

wiederkehren (359). Ebenso Buhl 80 unter besonderer Hervorhebung, daß auch Neuanlagen dazu gehören können. (Anm. 2 daselbst.)

Leske 438 und Anm. 4. Unter Verwendungen sind Ausgaben zu verstehen, welche auf die Sache gemacht werden; sie müssen also unmittelbar der Sache und dadurch erst mittelbar dem Eigenthümer zu Gute kommen.

Bei der Konkurs- und Einzelanfechtung hat der Anfechtungsgegner für Verwendungen ein Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrecht nur insoweit, als sie eine Werthherhöhung des Anfechtungsobjekts bewirkt haben. Meyer, Seuff. Bl. **65** 295.

§ 996. Da dem Besitzer hier regelmäßig die Nutzungen verbleiben, so kann er für die Regel keine Verzinsung der Aufwendungen verlangen. Müssen aber Nutzungen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung erstattet werden, so wird sich der Besitzer als Minuenten seiner Bereicherung auch Zinsen verrechnen dürfen. Biermann zu § 996 gegen Planck zu § 256 a. E.

§ 997. Hellmann, Das Wegnahmerecht nach BGB. § 997 Abs. 1, Seuff. Bl. **67** 289 ff.

Abs. 1 ist auch dann anwendbar, wenn der Besitzer eine fremde Sache mit einer anderen fremden Sache als wesentlichen Bestandtheil verbunden hat. Er hat dann aber nur das Recht die verbundene Sache wegzunehmen, nicht aber sie sich anzueignen, denn der gesetzgeberische Gedanke ging dahin: durch die Ausübung des dem Besitzer zustehenden Wegnahmerechts lebt das durch die Verbindung untergegangene Eigenthum an der verbundenen Sache zwar nicht ohne Weiteres wieder auf, aber der frühere Eigenthümer bedarf nicht der Rücktradition, vielmehr erlangt er, wenn er selbst als Besitzer verbunden hatte, durch die Wegnahme das Eigenthum wieder. War aber der Besitzer, der verbunden hatte, nicht Eigenthümer, so kann er zwar wegnehmen, aber dadurch erlangt nicht er Eigenthum, sondern durch ihn der frühere Eigenthümer. Dieser hat ein konkurrirendes Wegnahmerecht aus § 951 Abs. 2.

Weiter berücksichtigt § 997 Abs. 1 nicht den Fall des durch Verbindung gemäß § 947 Abs. 1 entstandenen Miteigenthums an der einheitlichen Sache. Der mit der rei vindicatio partiaria beklagte Besitzer der einheitlichen Sache kann hier nicht wegnehmen und dadurch das Miteigenthum aufheben (§§ 744 Abs. 1, 752).

Wenn der verbindende Besitzer nicht Eigenthümer der Sache war, die er mit der anderen verbunden hat, so kann er ebenfalls nicht trennen.

§ 999. Kohler, A.bürgR. **18** 92. Auch hier ist es, trotz des § 986 Abs. 2 (s. oben Ziff. 1 zu § 986), nicht überflüssig, daß der Satz, der Rechtsnachfolger haftet für die von seinem Rechtsvorgänger gemachten Verwendungen, besonders ausgesprochen wurde; einmal gilt er auch für unbewegliche Sachen, und dann bietet das BGB. hier nicht nur das Rückbehaltungsrecht, sondern auch ein gewisses Klagerecht in den Schranken der §§ 1000 ff., das auch gegen den Rechtsnachfolger geht. Gleiches gilt von dem kaufmännischen Retentionsrecht. (§ 369 Abs. 2 HGB.)

Stammler, Festgabe für Dernburg 166 ff., sagt mit Bezug auf den Anspruch auf Ersatz von Verwendungen: Hier handelt es sich nicht um eine Einrede aus dem Rechte eines Dritten, sondern um einen Rechtsübergang, der sich mit einer besonderen Art von Pflicht mit wechselndem Inhaber verbindet. Der Grund dieser Verbindung ist die Abtretung des Anspruchs gegen den Eigenthümer auf Ersatz der Verwendungen. § 999 ist als ein ergänzender Rechtssatz zu fassen. Es kann Jeder, der den Besitz einer Sache überträgt, sich den Anspruch wegen seiner Verwendungen gegen den Eigenthümer vorbehalten. Erst in Ermangelung einer besonderen Bestimmung tritt die Uebertragung des Ersatz-

anspruchs ein, so daß man die Bestimmung des § 999 Abs. 1 auch kurz dahin wiedergeben könnte: Der Ersatzanspruch wegen Verwendungen geht im Zweifel auf den in einer Rechtsnachfolge eintretenden Erwerber des Besitzes über.

§ 1001. Nach Biermann (Anm. 2 zu § 1001) erlangt der Besitzer mit der Zurückgabe der Sache Eigenthum. Dagegen bewirkt nach Neumann (Note II 2) die Zurückgabe nicht Eigenthumserwerb; vielmehr werde nur der frühere Besitzstand wieder hergestellt und dem Besitzer das Vorgehen gemäß § 1003 ermöglicht. Ebenso Planck Note 2.

§ 1003. Planck Note 4 a. E. Der Besitzer wird, um seine Haftung für Schäden herabzusetzen, zweckmäßiger Weise vor oder bei Bestimmung der Frist nach § 1003 dem Eigenthümer auch die Sache in einer den Annahmeverzug begründenden Weise anbieten.

§ 1004. 1. a) Dernburg (2) 366 ff. Auch die Klage auf Berichtigung des Grundbuchs (§ 894 BGB.) ist eine eigenartig gestaltete Eigenthumsfreiheitsklage (366).

Klageveranlassung ist jede in Handlungen oder Unterlassungen bestehende thätliche Störung, die ein objektives Unrecht darstellt und eine Fortsetzung in der Zukunft erwarten läßt. Wird die Störung im Auftrag eines Anderen verübt, so ist die Klage gegen den Auftraggeber und den Beauftragten zulässig (367).

Will der Kläger eine der Rechtskraft fähige Feststellung des Nichtrechts des Beklagten, so muß er eine hierauf gerichtete Klage mit der Eigenthumsfreiheitsklage verbinden (368).

Es ist keine Klagänderung, wenn der als Eigenthumsklage erhobene Anspruch später in Folge des Vorbringens des Beklagten die Gestalt der Eigenthumsfreiheitsklage annimmt (Anm. 13). Ebenso Buhl 83.

Der von der Eigenthumsfreiheitsklage losgelöste Anspruch auf Schadensersatz kann prozessual mit jener Klage verbunden werden (368).

Der Kläger hat nur die Störung, nicht aber das Nichtrecht des Beklagten darzuthun.

b) Gierke, Fahrnißbesitz 19 Anm. 48. Bei der Negatorienklage ist Besitz weder zur Aktivlegitimation noch zur Passivlegitimation erforderlich, schließt aber andererseits weder jene noch diese aus.

c) Wegen Geltendmachung eines bloßen obligatorischen Rechtes kann der negatorische Anspruch nicht erhoben werden, da hierdurch nicht das Eigenthum als solches, sondern nur der derzeitige Eigenthümer beeinträchtigt wird. Biermann, Ziff. 1 zu § 1004.

d) Die Beseitigung der Beeinträchtigung ist eine positive Leistung und erfolgt auf Kosten des Beeinträchtigenden, und zwar verlangt der Eigenthümer, daß der Beeinträchtigende diese Kosten aufwendet; daher CPO. § 887. Hellwig, Anspruch 28.

Der Anspruch aus § 1004 geht mit dem Eigenthum auf dessen Erwerber über. Hellwig, Subjektive Grenzen der Rechtskraft 245.

2. Friedrichs, R. 01 616 vertritt die Ansicht, daß der Pfandgläubiger, sobald die Pfändung durch seine Entschließung oder durch Urtheil aufgehoben sei, zur Beseitigung der Pfandmarken durch Klage aus § 1004 angehalten werden könne, da die Siegel eine thatsächliche Beeinträchtigung des Eigenthums enthalten, deren Beseitigung mit Gefahren für die Substanz der Sache verbunden sein könne.

3. Hörle a. a. O. 373 ff. Gegenüber benachtheiligenden Einwirkungen durch genehmigte gewerbliche Anlagen (§ 26 GewO.) steht dem Eigenthümer der negatorische Anspruch aus § 1004 nur in beschränktem Maße insofern zu, als er nicht Einstellung des Gewerbebetriebs, sondern nur Herstellung von Ein-

richtungen, welche die benachtheiligende Einwirkung ausschließen, oder Unterlassung der Einwirkung, soweit sie das zulässige Maß überschreitet, verlangen kann. Die Einwirkungen können unmittelbar oder durch das Medium der Luft oder des Wassers bewirkt werden, auch durch die Sinne wirkende oder durch die bloße Sehkraft vermittelte Belästigungen, z. B. blendendes Licht, anstößige Anblicke, gehören hierher, nicht aber lediglich durch Vermittelung des Denkvermögens empfundene Beeinträchtigungen. Dieser Anspruch wird durch die §§ 17, 19 der GewO. nicht berührt. Der im Eigenthume wurzelnde Herstellungsanspruch ist ein dauernder und besteht, solange die gewerbliche Anlage besteht. Wenn daher die Klage zur Zeit der Erhebung begründet war, so ist der Betriebsunternehmer auch dann zu verurtheilen, wenn die Einwirkung während des Prozesses aufhört (375). **Auf Herstellung bestimmter Einrichtungen kann die Klage nicht gerichtet werden. Es ist nicht Aufgabe des Eigenthümers des leidenden Grundstücks, in der Klage anzugeben, welche Einrichtungen zur Beseitigung der schädlichen Einwirkungen zu treffen sind.** — Der Betriebsunternehmer kann der Herstellungsklage die Einrede der Unthunlichkeit oder Unvereinbarkeit der Einrichtungen mit einem gehörigen Betriebe seines Gewerbes entgegensetzen. Ist die Einrede begründet, so schließt sie die Herstellungsklage aus, und es bleibt nur die Klage auf Schadloshaltung aus § 26 GewO. übrig (377).

4. Aus der Praxis: **RG. 45** 298. Die Klage wegen störender Eingriffe in das Eigenthum (actio negatoria) geht zunächst gegen den Störer, aus besonderen Gründen neben dem Störer oder auch allein gegen den Eigenthümer des Grundstücks, von dem die Störung ausgeht. Ebenso KG., OLG. **3** 11 und OLG. 4 65 (Marienwerder).

RG. JW. **02** Beil. 187 ff. Der Vermiether kann nur dann als Störer wegen Zuführungen verklagt werden, wenn sie mit seinem Willen begonnen wurden oder ihre Fortsetzung von seinem Willen abhängig ist. — An sich ist die Eigenthumsfreiheitsklage aus § 1004 nicht von einem Verschulden des Störers abhängig (188).

RG. 47 163 ff. Der Vermiether, der einen solchen Gebrauch seines Grundstücks seitens des Miethers duldet, daß das benachbarte Grundstück beeinträchtigt wird, macht sich mitverantwortlich und ist dadurch gegenüber der Klage aus § 1004 passiv legitimirt, er muß Alles, was an ihm liegt, thun, um den Eingriff in das Recht des Nachbars zu hindern. (Vgl. o. § 906 Ziff. 4 (551).

RG. JW. **02** Beil. 181. Bei an sich begründeter Klage wegen belästigender Zuführungen ist nach Herstellung abhelfender Einrichtungen eine Verurtheilung nur dann ausgeschlossen, wenn eine Beseitigung oder Nichtbenutzung dieser Einrichtungen als unmöglich erscheint. Dieser Satz ergiebt sich daraus, daß die Klage auch wegen Besorgniß weiterer Beeinträchtigung zugelassen ist. Daß Eingriffe in das fremde Eigenthum in Zukunft ausgeschlossen sind, hat der Beklagte zu beweisen. Ebenso OLG. Dresden, SächsA. **12** 494 ff.

RG. 45 297 und JW. **01** 72. Der negatorische Anspruch geht nur auf Beseitigung der Eigenthumsstörung; der weitergehende Anspruch auf Schadensersatz setzt Verschulden auf Seiten des Störers voraus.

RG. Gruchots Beitr. **44** 1094. In fremdes Eigenthum kann auch ohne Anmaßung eines Rechtes eingegriffen werden, jedenfalls dann, wenn sich die Störung trotz Protestes des Eigenthümers wiederholt. Aber es kann, wenn nicht eine Anlage da ist, die durch ihr bloßes Bestehen einen Eingriff in das Eigenthum darstellt — also ihre Beseitigung gefordert werden kann —, nicht die Herstellung von Vorrichtungen, die die Störung in Zukunft verhindern, sondern außer Schadensersatz nur Untersagung gefordert werden.

Ein Recht, allgemein zu verlangen, daß Vorkehrungen getroffen werden,

die eine künftige Wiederholung der Störung ausschließen, hat Eigenthümer außerhalb des § 26 GewO. nicht.

RG. JW. **01** 52 und Gruchots Beitr. **45** 1008. Hat eine Stadtgemeinde auf ihrem Eigenthum (in ihren Straßen) eine Kanalisation oder sonstige Anlage getroffen, durch deren Benutzung andere Grundstückseigenthümer gestört werden, so ist für die Eigenthumsfreiheitsklage die Stadtgemeinde passiv legitimirt, auch wenn die störende Benutzung nicht von ihr ausgeht; denn sie hat die störende Anlage geschaffen und ihren Bürgern zur Verfügung gestellt und damit den Grund zur Eigenthumsstörung gelegt. (Vgl. o. § 906 Ziff. 8 b (553.)

OLG. **4** 314 (Colmar). Die Negatorienklage aus § 1004 erfordert nicht, daß sich der Störer eines Rechtes berühmt oder auch nur fahrlässig die Störung begangen hat. Die Verurtheilung zur Beseitigung der Beeinträchtigung kann er durch Anbieten von Geldentschädigung selbst dann nicht abwenden, wenn die Wiederherstellung unverhältnißmäßig hohe Kosten verursacht. § 251 BGB. ist nicht anwendbar, denn der negatorische Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung ist kein Schadensersatzanspruch. Die Anwendung des § 251 würde mittelbar zu einer vom Gesetze nicht gewollten Enteignung führen. Das **RG.** hat diese Gründe des Berufungsrichters bestätigt. **RG. 51** 408 ff. Vgl. OLG. Braunschweig, Braunsch.Z. **01** 89 mit Hinweis auf die Feststellungsklage des § 256 CPO.

Ueber die Rechte des Eigenthümers eines einem Bordell benachbarten Grundstücks s. o. § 823 zu 7 d (464).

Aus § 1004 kann auch auf Wiederherstellung des früheren oder eines gleichwerthigen Zustandes geklagt werden. OLG. 4 65 (Marienwerder).

Gegen Benutzung der öffentlichen Straße zum polizeilich genehmigten Wirthschaftsbetriebe steht der Stadtgemeinde die negatoria zu, weil hierin eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung liegt. OLG. Frankfurt, Seuff. A. **55** 265.

RG. Gruchots Beitr. **44** 867. Keine negatoria, wenn Eingriff bei Klagerhebung bereits unterlassen und keine Wiederholungsgefahr; keine negatoria bei nur einmaligem kurzen vorübergehenden Eingriff, wenn dieser sich nicht gegen das Eigenthum richtet.

RG. JW. **00** 501. Bei einem negatorischen Anspruch ist eine Verurtheilung, die sich bloß negativ ausspricht, nicht etwa deshalb zu unbestimmt, weil keine bestimmten Einrichtungen genannt sind, die der Beklagte treffen sollte, um die übermäßigen Erschütterungen und Geräusche abzustellen, sondern die einem negatorischen Anspruch allein angemessene.

Die Entscheidung des **RG.** über einen in dem Verbreiten schädlicher Stoffe über Wiesen liegenden Eingriff in das Eigenthum s. o. Ziff. 2 c zu § 903.

OLG. Dresden, SächsA. **12** 496. Zur Beseitigung der Besorgniß weiterer Störungen genügt es nicht, wenn der Beklagte im Laufe des Rechtsstreits erklärt, er werde die fragliche Beeinträchtigung des Eigenthums des Klägers in Zukunft nicht wieder vornehmen.

Abs. 2. OLG. **5** 9 (Jena). Bei der Einrede, der Eigenthümer sei dem Beklagten gegenüber zur Duldung verpflichtet, kommt es nicht darauf an, ob diese Verpflichtung auf ein dingliches Recht des Beklagten, wie z. B. auf eine Berechtigung aus einer Dienstbarkeit, oder auf ein Recht sich gründet, das auf einem zwischen dem Eigenthümer und dem Beklagten abgeschlossenen Vertrage beruht.

§ 1006. 1. Abs. 1, Satz 2. Gierke, Fahrnißbesitz 24 ff. Der frühere Besitzer muß, um die Eigenthumsvermuthung aus dem gegenwärtigen Besitze zu entkräften, sowohl seinen früheren Besitz wie dessen unfreiwilligen Verlust nach-

weisen. (War er nur mittelbarer Besitzer, so hat er zu beweisen, daß der Besitz seinem Besitzmittler abhanden gekommen ist.) Kann er dies nicht, so überwindet er die Vermuthung nur durch den auf das Nichteigenthum des Besitzers gerichteten Gegenbeweis. Insbesondere enthebt ihn der Nachweis, daß er einmal Eigenthümer war, nicht der Beweislast hinsichtlich des Fortbestandes seines Eigenthums. Ebensowenig genügt der Nachweis, daß die Sache einem fremden Besitzer abhanden gekommen ist. Denn die Eigenthumsvermuthung wird dadurch, daß es sich um eine verlorene oder gestohlene Sache handelt, nicht absolut, sondern nur relativ entkräftet (25).

Hat der Besitzer die Sache unterschlagen, weggegeben, weggeworfen oder sonst durch eigenes Handeln dem mittelbaren Besitzer entzogen, so ist auch für diesen der Besitzverlust kein unfreiwilliger. Dagegen liegt unfreiwilliger Besitzverlust vor, wenn ein bloßer Besitzdiener (§ 855 BGB.), dem kein Besitz anvertraut war, dem Besitzer den Besitz entzieht, mag er nun den Besitz sich selbst aneignen oder einem Dritten übertragen oder einseitig aufgeben (Anm. 13). Vgl. Bekker 62 ff.

Die Einwendung des unfreiwilligen Besitzverlustes steht nicht nur dem früheren Besitzer und dessen Erben, sondern Jedem zu, der durch Abtretung oder sonst durch Sondernachfolge einen Anspruch aus dem Eigenthum erworben hat (26 Anm. 14).

Die praktische Bedeutung der Eigenthumsvermuthung äußert sich nicht nur im Eigenthumsstreite, sondern überall da, wo ein Anspruch auf das Eigenthum einer beweglichen Sache gestützt wird, z. B. bei dem Anspruche des Nießbrauchbestellers gegen den Nießbraucher und bei den Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen und aus ungerechtfertigter Bereicherung (27) s. auch Friedrichs, Prozeßpraxis 888, 893.

Die Eigenthumsvermuthung wirkt nur zu Gunsten des Besitzers, nicht auch gegen ihn; sie versagt auch, wenn ein Anspruch mit der Behauptung begründet oder abgewehrt wird, daß ein dritter gegenwärtiger oder früherer Besitzer Eigenthümer sei oder gewesen sei (30).

Die Vermuthung erstreckt sich auf bewegliche Zubehörstücke von Grundstücken, nicht aber auf Bestandtheile von Grundstücken, und zwar auch nicht auf unwesentliche Bestandtheile, weil sie, solange sie Grundstücksbestandtheile sind, nicht als bewegliche Sachen angesehen werden können (36, Anm. 40). Wohl aber erstreckt sich die Vermuthung auf solche Grundstücksbestandtheile, denen das BGB. die Bestandtheilseigenschaft abspricht, z. B. (zu vorübergehendem Zwecke verbundene oder eingefügte Sachen, Gebäude, das in Ausübung eines Rechtes mit dem Grundstücke verbunden ist) soweit sie nicht ihrer Natur nach trotz ihrer Selbständigkeit gegenüber dem Grundstück unbeweglich sind, z. B. Bäume in einer Baumschule, vom Erbbauberechtigten aufgeführtes Wohngebäude, vom Servitutberechtigten hergestellte Schienenanlage, vom Pächter errichteter massiver Stall (37); so auch Eck 24, dagegen wohl richtig Cosack, der sie als beweglich ansieht (Lehrb. I 132).

2. Enneccerus-Lehmann II 198. Beweislast. Bei Sachen, die der Eigenthümer gar nicht im Besitze gehabt habe, könne der Eigenthümer den Beweis, daß sie ihm gestohlen ꝛc. abhanden gekommen seien, gar nicht führen, also auch nicht die Vermuthung zu Gunsten des Besitzers entkräften, deswegen müsse die Vermuthung des § 1006 durch die aus dem Nachweise des Eigenthumserwerbes des Klägers zu folgernde Vermuthung des Fortbestehens des Eigenthums des Klägers entkräftet werden. Der Grundsatz „Hand wahre Hand" greife danach nur für den Besitzer Platz, der nachweislich durch Tradition im guten Glauben Besitz erworben hat und so gemäß § 932 thatsächlich Eigenthümer geworden ist. Dagegen Endemann II 353, Gierke 27, OLG. 4 66 (Dresden).

3. Ueber die Vermuthung zu Gunsten des Mitbesitzes: M. Wolff,

Jherings J. 44 184 ff: Wenn Mehrere eine Sache gemeinschaftlich besitzen, muß zu Gunsten eines Jeden von ihnen zunächst die Vermuthung des Eigenmitbesitzes gelten, d. h. es wird angenommen, daß Jeder die Sache als ihm gehörend mitbesitzt. Die andere Vermuthung geht dann dahin, daß jeder Eigenmitbesitzer Eigenthümer der Sache ist. Durch die zu Gunsten der anderen Mitbesitzer sprechenden konkurrirenden Eigenthumsvermuthungen beschränkt sich freilich für jeden der Mitbesitzer die Vermuthung zunächst dahin, daß er mit den Anderen in einer Eigenthumsgemeinschaft steht. Aber sobald ein Mitbesitzer darlegt, daß seine Genossen entweder Fremdbesitzer sind oder zwar Eigenbesitzer, aber nicht Eigenthümer, so spricht die Vermuthung zu Gunsten seines Alleineigenthums, da die konkurrirenden Eigenthumsvermuthungen entfallen. Daß er Mitbesitzer ist, steht dem nicht entgegen. Diese Vermuthung zu Gunsten des Alleineigenthums eines Mitbesitzers kann alsdann von dem Gegner zu der Vermuthung eines bloßen Theileigenthums dadurch abgeschwächt werden, daß er darlegt, auch dieser Mitbesitzer besitze die Sache nicht als ihm allein gehörig.

4. Kritik der Bestimmungen des § 1006. Buhl 87: Diese Vorschriften können zu einer schweren Gefährdung des Eigenthümers führen, wenn er den Erwerbsmangel des gegenwärtigen Besitzers oder wenn er den unfreiwilligen Besitzverlust nicht darzuthun vermag. Bei richtiger Anwendung der freien Beweiswürdigung erscheinen sie als entbehrlich, und es ist bedenklich, daß ein Urtheil über das Eigenthum auf der unzuverlässigen Grundlage des jetzigen oder früheren Besitzstandes möglich sein soll. Jedenfalls wird die Handhabung dieser Regeln beim Richter viel Umsicht und Vorsicht und richtigen Takt erfordern.

§ 1007. 1. Verhältniß des § 1007 zu den §§ 861 und 985.

a) Die Klage aus § 1007 wird gegenüber der Eigenthumsklage des § 985 und der reinen Besitzklage des § 861 als petitorischer Besitzanspruch (Cosack, Ueberschrift zu § 191 (II. 88), Besitzrechtsanspruch (Enneccerus-Lehmann II. § 73) bezeichnet.

b) Hellwig, Rechtskraft 343 ff. § 1007 hat mit § 861 das gemeinsam, daß Grundlage beider Ansprüche das Besitzrecht ist, daß der Inhalt des Anspruchs in beiden Fällen Herausgabe des Besitzes ist und daß in beiden Fällen nur über das Recht, kraft des früheren Besitzes Herausgabe zu verlangen, entschieden wird. Dem Petitorium wird in beiden Fällen nicht präjudizirt. Der Unterschied zwischen den beiden Ansprüchen besteht vielmehr darin, daß § 1007 bei jedem unfreiwilligen Verluste des Besitzes einer beweglichen Sache Platz greift, § 861 aber nur bei eigenmächtiger Entziehung, und darin, daß § 861 sich auf bewegliche und unbewegliche Sachen bezieht. Es handelt sich bei §§ 861, 1007 um Gesetzeskonkurrenz, nicht um Konkurrenz mehrerer Ansprüche. Die §§ 861 ff. sind lex specialis gegenüber § 1007. Für den Fall des § 1007 ist § 861 unanwendbar. Die Abweisung der Klage aus § 861 hindert die Geltendmachung des Anspruchs aus § 1007. Die Klage aus § 861 begründet die Einrede der Rechtshängigkeit gegen den Anspruch auf § 1007 (348/9).

§ 1007 findet auch auf den Fall Anwendung, daß der Oberbesitzer von dem nicht oder nicht mehr zum Besitze berechtigten Besitzmittler Herausgabe der Sache verlangt (352).

2. Abs. 2. a) Kann sich Kläger gegen die Einrede des Beklagten, ihm sei die Sache früher abhanden gekommen, auf das Eigenthum daran berufen? Diese Frage verneinen Gierke 62 ff. und Neumann, Handausg. Note II 3, weil dieser Replik ein selbständiger Anspruch aus dem Rechte zum Besitze zu Grunde liege. Biermann, Anm. 3d, Planck, Anm. 3b, Buhl 91 ff. wollen diese Replik zulassen. Buhl, trotz des Wortlauts des § 1007 Abs. 2, der dagegen spricht, weil ja auch der Beklagte das Eigenthum an der abhanden gekommenen

Sache geltend machen kann, und auch Zweckmäßigkeitsgründe dafür sprechen. Biermann, Note 3d zu § 1007, da, wenn der Beklagte klagen würde, er auf Grund dieser Einrede abzuweisen wäre.

b) Gegen die Einwendung des gutgläubigen Besitzers, daß er Eigenthümer sei, kann Kläger erwidern, daß er trotzdem ein Recht auf den Besitz (z. B. als Nießbraucher zc.) habe. Gierke 61 ff., Buhl 92. Dagegen Planck, Anm. 3b β αα, der aber meint, Kläger könne seinen Herausgabeanspruch unter Aenderung des Klagegrundes auf ein ihm gegen den Beklagten zustehendes dingliches oder persönliches Recht stützen. Buhl Anm. 1 hält daher den praktischen Unterschied zwischen den beiden Auffassungen für unerheblich.

c) Der Kläger hat gegen die dem gutgläubigen Besitzer zustehende Einrede des früheren unfreiwilligen Besitzverlustes die Replik, daß der Beklagte den verlorenen Besitz nicht in gutem Glauben erworben habe. Gierke 63; ebenso Biermann, Note 3d zu § 1007.

3. Abs. 3. a) Während Gierke, Fahrnißbesitz 60 den Anspruch des früheren mittelbaren Besitzers auch dann für ausgeschlossen, weil den Besitz für „aufgegeben" erklärt, wenn der Besitzmittler den Besitz freiwillig aufgegeben, z. B. die Sache unterschlagen hat, will Cosack II. 89/90 hier unterscheiden, ob der Anspruch gegen einen redlichen oder einen unredlichen Beklagten geht. Im ersteren Falle muß der Besitzverlust nicht nur auf seiner eigenen Seite, sondern auch auf seiten der Vertrauensperson unfreiwillig gewesen sein. Erhebt der Vorbesitzer dagegen einen petitorischen Besitzanspruch gegen einen unredlichen Besitznachfolger, so braucht sein Besitzverlust nur auf seiner eigenen Seite unfreiwillig gewesen zu sein, während auf den Willen der Vertrauensperson nichts ankommt.

b) Der Einwand des Beklagten, der Kläger habe den Besitz bösgläubig erworben, greift auch dann durch, wenn der Beklagte selbst den Besitz bösgläubig erworben hat. Denn dann ist er aus seinem Besitze zwar nicht besser, aber auch nicht schlechter berechtigt. Es entscheidet also lediglich die gegenwärtige Besitzlage, die zwischen zwei unredlichen Besitzern zu verschieben das Recht keine Veranlassung hat. Dieb gegen Dieb kann daher nicht klagen. Gierke 58/59.

4. § 1007 beim Mitbesitz; Gierke 50 ff. Ein früherer Mitbesitzer kann Dritten gegenüber den Anspruch auf Herausgabe in Ansehung der Sache an alle damaligen Mitbesitzer oder auf Hinterlegung für sie Alle geltend machen per analogiam § 1011. Den Mitbesitzern gegenüber darbt er der Besitzrechtsklage. Dies folgt aus § 1011 mit Verweisung auf § 432 (51 Anm. 18); a. M.: M. Wolff, Iherings J. **44** 186 ff.: aus diesen Paragraphen folgt nicht, daß die Mitbesitzer zu einander auf die eigentlichen Besitzschutzklagen beschränkt sind; auch aus § 866 kann die Verneinung der Frage nicht geschlossen werden; er bezieht sich nur auf die Besitzschutzmittel, nicht auf die Besitzrechtsklage, zudem ist der Streit, um welchen es sich bei der Besitzrechtsklage des einen Mitbesitzers gegen den anderen handelt, kein Streit um die Grenzen des dem Einzelnen zustehenden Gebrauchs, da der Kläger die Wiedereinräumung des ihm gänzlich entzogenen Mitbesitzes anspricht (187).

5. Rechtskraftwirkung der Klage aus § 1007. Gierke 65: Das rechtskräftige Urtheil im Besitzrechtsprozesse präjudizirt auch dem Anspruch aus dem Rechte selbst. Lautet es auf Herausgabe der Sache, so steht rechtskräftig fest, daß der Beklagte dem Kläger gegenüber kein Recht auf den Besitz hatte. Der Beklagte konnte ja jedes bessere Besitzrecht geltend machen. Somit kann der Beklagte auch mit der Vindikation die Sache dem Kläger nur dann wieder abfordern, wenn über das von ihm behauptete Eigenthum bereits zu seinen Gunsten entschieden oder überhaupt noch nicht erkannt und überdies das festgestellte Besitz-

recht des Klägers weggefallen ist. Dagegen hat nach Dernburg (2) 357 derjenige, der nach § 1007 eine Sache herauszugeben hat und sie mit der Eigenthumsklage zurückfordert, den Einwand der Rechtskraft nicht zu fürchten, wenn nicht der Kläger des Vorprozesses mit der Klage aus § 1007 die Eigenthumsfeststellungsklage verbunden hatte und damit durchgedrungen war, da beim Eigenthumsanspruche das Befinden des Richters über das Eigenthum des Klägers keine Rechtskraft mache und dasselbe auch hier der Fall sei. Gegen Gierke wendet sich auch Buhl 94—95, weil bei der Klage aus § 1007 ein Recht des Klägers auf den Besitz nicht zum Klagegrunde gehöre und überdies dem Beklagten durch die bloße Verurtheilung zur Herausgabe weder die Gegenrechte auf den Besitz, die vom Beklagten überhaupt nicht geltend gemacht sind, noch auch solche, auf die er sich im Prozesse berufen hat, aberkannt würden.

6. Kritik des § 1007. Buhl 95ff.: Da die Klage aus Abs. 2 des § 1007 jedem nicht bösgläubigen Besitzer zukommen kann, ist ihr Anwendungsgebiet sehr ausgedehnt: sie ermöglicht es, daß auch dem redlichsten und gewissenhaftesten Erwerber, der aber nicht Eigenthümer geworden ist, nicht nur durch den Eigenthümer wie nach römischem Rechte, sondern auch durch jeden vielleicht überhaupt nicht oder nur vorübergehend zum Besitze berechtigten früheren Besitzer die Sache abgefordert werden kann, wenn nur der Kläger beim Besitzerwerbe nicht bösgläubig gewesen und ihm die Sache abhanden gekommen ist. Von einem besseren Rechte auf den Besitz wird man in solchen Fällen nicht reden dürfen. Wie bei den Vorschriften über den Eigenthumserwerb der Schutz des gutgläubigen Erwerbers auf Kosten des Eigenthümers übertrieben worden ist, so scheint hier der Schutz des vormaligen Besitzers auf Kosten des redlichen Erwerbers übertrieben zu sein. Es bleibt abzuwarten, wie sich die gekünstelten und schwierigen Vorschriften des § 1007 im Rechtsleben bewähren werden.

Fünfter Titel.
Miteigenthum.

§ 1008. 1. Fuchs 250 Anm. 2 zu § 1008 ist der Ansicht, daß zu den Fällen des gesetzlichen Miteigenthums auch der Grenzbaum (§ 923 BGB.) gehöre. Das Gegentheil wird behauptet von Turnau-Förster I 415 Anm. II zu § 1008.

2. Insoweit sich in diesem Abschnitte Vorschriften nicht finden, kommen die Rechtsnormen des BGB. über die Gemeinschaft zur Anwendung. Biermann 215, Bem. zu § 1008, Fischer-Henle 499 Anm. 3 zu § 1008, Fuchs 250 Anm. 1b zu § 1008.

3. Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miteigenthümers, welches das preußische Recht (ALR. I. 17 § 61) sowie das bayerische Recht kannte, ist beseitigt. Turnau-Förster I 415 Anm. I 1 zu § 1008, Fuchs 251 Anm. 3b, aa zu § 1008.

4. Die Bestimmungen über das Eigenthum finden auch auf die Miteigenthumsquoten Anwendung, so insbesondere auch die Vorschriften über den Erwerb, Verlust und Belastung von Grundeigenthum, selbst wenn der event. Gegenkontrahent Miteigenthümer ist. Biermann 215 Bem. zu § 1008, Oberneck § 62 Z. 3, Planck 286 Bem. 3e vor § 1008, Turnau-Förster I 415 Anm. I 1 zu § 1008, Fuchs 251 Anm. 3b, aa zu § 1008.

§ 1009. Bestritten ist die rein theoretische Frage, ob § 1009 BGB. einen Ausnahmefall des Verbots des Kontrahirens mit sich selbst (§ 181 BGB.) darstellt.

Die Motive (439) behandeln den § 1009 nicht als Ausnahmevorschrift und ihnen haben sich Kuhlenbeck 709 Bem. 1 zu § 1009, Neumann, Anm. 1 zu § 1009, Planck 287 Anm. 1 zu § 1009 und wohl auch Fuchs 256 Anm. 1

zu § 1009 angeschlossen, welch letzterer allerdings hervorhebt, daß der Paragraph trotzdem nicht überflüssig sei und sein Inhalt nicht aus Rechtsgrundsätzen des BGB. hergeleitet werden könne. Dagegen wird die Ausnahmestellung des § 1009 behauptet von Biermann 216 Bem. zu § 1009, Turnau-Förster I 416, Bem. Abs. 2 zu § 1009, die aber zu Unrecht Planck als Mitvertreter ihrer Ansicht anführen. Endemann 38 § 9 Anm. 11, Fischer-Henle 500 Anm. 1 zu § 1009.

OLG. 2 27 (KG.) Der Anteil eines Miterben am ungeteilten Nachlaßgrundstück kann weder durch Rechtsgeschäft noch im Wege der Zwangsvollstreckung belastet werden.

Ueber die Belastung von Antheilen von Miteigenthümern s. o. zu § 742.

§ 1010. 1. Die rechtliche Natur der Belastung nach § 1010 Abs. 1 BGB. ist bestritten. Nach der überwiegenden Ansicht ist sie eine besondere Art der Belastung. Planck III 288 Anm. 1 c zu § 1010, Fuchs 259 Bem. 4 a, aa zu § 1010, Biermann 216 Anm. 1 Abs. 2 zu § 1010, Turnau-Förster I 417 Anm. 2 zu § 1010, ebenso E 1 § 949 und Pr. Allg. Verf. v. 20. 11. 1899 § 11 Abs. 1. Für die Eintragung gelten daher die Vorschriften des § 873 BGB. (Citate wie oben.)

Zur Sicherung dient die Eintragung einer Vormerkung, nicht eines Widerspruchs. Fuchs 259 Bem. a, bb zu § 1010, Biermann 217 Anm. 1 Abs. 2 zu § 1010.

Nach anderer Meinung ist die „Belastung" Verfügungsbeschränkung im Sinne der §§ 892, 894 BGB. So besonders Kretzschmar, R. **02** 225, ferner Neumann I 665 Anm. 1 zu § 1010. Ihre Eintragung hat daher im Wege der Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO.) zu erfolgen.

2. Sehr zweifelhaft ist die Form der Eintragung im Grundbuch nach § 1010 Abs. 2 BGB.

Nach einer Ansicht hat sie in Form einer Vormerkung zu erfolgen, so Kober 143 Bem. 2, Oberneck, DNotVZ. **1** 31, Turnau-Förster I 418 Anm. 5 zu § 1010, Prot. III 279, ferner Fuchs 260, Bem. 4 b, der sie aber auch in Form einer Geldbelastung (Hypothek, Grundschuld u. s. w.) für möglich hält. Nach Anderen liegt auch hier eine besondere Art der Belastung vor, so Achilles-Strecker, GBO. 18 ff., Planck III 289 Bem. 2; a. M. ist die Pr. Allg. Verf. vom 20. 11. 1899, die im § 11 Abs. 1 nur § 1010 Abs. 1, nicht aber Abs. 2 anführt. Neumann I 665 Anm. 2 zu § 1010 hält Eintragung einer Hypothek, Kretzschmar, R. **02** 225 Eintragung einer Sicherungshypothek für das Richtige. Biermann (2) 217 Anm. 2 b Abs. 2 im Gegensatze zur 1. Auflage erachtet die Rechte aus §§ 755, 756 hier einer Grundschuld ähnlich. Mithin könnten die Ansprüche durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden, das Recht selber aber sei die Vormerkung nicht.

§ 1011. 1. Auf Feststellungsklagen bezieht sich § 1011 BGB. nicht Hellwig, Anspruch und Klagerecht 187, Biermann 218 Anm. 1 zu § 1011.

2. Soll der Beklagte gänzlich aus dem Besitz ausscheiden, so muß der Kläger das Eigenthum aller Miteigenthümer beweisen. v. Seeler, Das Miteigenthum nach dem BGB. 35, Biermann Anm. 2 zu 1011. A. M. Dernburg II §§ 372, 585.

3. Nach Hellwig a. a. O. und Biermann a. a. O. gilt das unter 2 Gesagte auch für Nutzungen, sowie Schadensersatz, falls solche herauszugeben bzw. zu leisten sind.

Dagegen meint Planck III 290 Bem. 1 d, 2, daß theilbare Ansprüche, die aus der Verletzung des Eigenthums entstanden sind, unter den Miteigenthümern ipso iure getheilt sind, von ihnen also nur zu entsprechenden Theilen geltend gemacht werden können.

Vierter Abschnitt.
Erbbaurecht.

§ 1012. 1. Der Ausdruck „Bauwerk" geht weiter als das Wort „Gebäude". Gegenstand des Erbbaurechts können zwar nicht Pflanzungen, wohl aber jede bauliche Anlage, z. B. eine Brücke, ein Tunnel, eine Röhren- oder Schienenleitung, ja selbst nicht mit dem belasteten Grundstücke verbundene Bauwerke, wie Viadukte, Leitungen, die über das Grundstück führen &c., sein. Planck 294 Anm. 3 a, Biermann 219 Anm. 1, Oberneck 363, Neumann 666 Anm. 2 zu 1012, Mot. III 469. Gegen letzteres erklärt sich Kretzschmar CBlFrG. 3 437, der ausführt, daß es mit dem Begriffe des Erbbaurechts nicht vereinbar sei, wenn der Bau, wie das bei einer Brücke oder Röhrenleitung &c. denkbar sei, nur den Luftraum des Grundstücks durchschneide. Dann sei ein Bauwerk über der Oberfläche des Grundstücks errichtet, und hierfür genüge die Bestellung einer Grunddienstbarkeit.

2. Streitig ist, ob und inwieweit resolutive Bedingungen und Termine für das Erbbaurecht zulässig sind. Zu dieser Frage ist noch zu vergleichen Lehmann § 75, 223.

Die Motive III, 471 halten mit der zwingenden Natur der Veräußerlichkeit und Vererblichkeit die Beifügung von auflösenden Bedingungen und Terminen schlechtweg für vereinbar. Ihnen schließen sich Oberneck 365, Neumann 666 Anm. 5 zu § 1012 und Planck 296 Anm. 3 zu § 1015 und 292 Vorbem. 5 zu § 1012 an. Der letztere giebt allerdings 293 Vorbem. 5 zu § 1012 zu, daß man sagen könne, ein Erbbaurecht, welches auf Lebenszeit des Berechtigten und unter der auflösenden Bedingung, daß das Recht veräußert werde, bestellt werde, sei sachlich kein Erbbaurecht, sondern eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit.

Fuchs 265 meint, daß, wenn die Ansicht der Motive richtig sei, man das Erbbaurecht auch unter der auflösenden Bedingung des Todes oder der Veräußerung des Berechtigten bestellen könne und zwar so, daß das Recht untergehen, wie auch so, daß es an den Grundeigenthümer zurückfallen solle (§ 889 BGB.). Wäre das möglich, so hätte man ein Erbbaurecht, dem dessen wesentliche Begriffsmerkmale fehlten, und man sei daher gezwungen, anzunehmen, daß das Erbbaurecht durch solche Bedingungen oder Termine zu einer Dienstbarkeit gemacht werde, oder daß den Motiven entgegen derartige Beifügungen unzulässig seien.

Biermann 219 Anm. 1 hält deshalb für unzulässig, den Tod des Berechtigten oder die Veräußerung durch ihn zu einer auflösenden Bedingung zu machen. Ebenso Kretzschmar, CBlFrG. 3 434, Turnau-Förster I 438 Nr. 5 a. E.

Oberneck 364 meint, daß die Beifügung eines Endtermins oder einer auflösenden Bedingung dem Begriffe des Erbbaurechts nicht widerspreche, doch müsse der Zeitraum ein immerhin erheblicher sein, z. B. ein Zeitraum von 100 Jahren, weil bei auch nur mäßiger Zeitgrenze eine Vererblichkeit des Rechtes ausgeschlossen erscheint und der Vertrag insbesondere dann, wenn eine Zinspflicht vereinbart sei, regelmäßig Miethe oder Pacht sei. Letzteres bestreiten Fuchs 264 Anm. 6 b, Planck 292 Vorbem. 5 zu § 1012, Biermann 219 Anm. 1, Neumann 667 Anm. 1 b zu § 1015.

Ein obligatorisch wirkender Vertrag, das Recht nicht zu veräußern, ist aber nach BGB. § 137 zulässig. Turnau-Förster I 441 Anm. 4, Mot. I 213, V 214, Neumann 666 Anm. 5 zu § 1012, Fuchs I 264 Anm. 6.

3. Ist das Recht bedingt oder befristet bestellt, so bedarf dies der Eintragung im Grundbuche, denn es handelt sich um eine Beschränkung des Rechtes. Sie muß daher für Wirksamkeit gegen Dritte aus der Eintragung selbst erhellen

und ist bloße Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung dazu nicht ausreichend. Kretzschmar, CBlFrG. 3 436.

4. Das Erbbaurecht ist nicht subjektiv dinglich, doch kann ein erworbenes Erbbaurecht nach den §§ 1017 Abs. 1, 890 BGB. dem Grundstück als Bestandtheil zugeschrieben werden. Mot. III 468, Prot. III 282.

Nach einer Ansicht ist nur der Fall des § 890 Abs. 2 BGB. für das Erbbaurecht möglich; so anscheinend Strecker 13, Turnau-Förster I 438 Vorbem. I 6, wahrscheinlich auch Fuchs 274 Nr. 4b, 264 Anm. 5b.

Dagegen hält Oberneck 367 § 75, 3c auch die Anwendung von § 890 Abs. 1 BGB. wohl für zulässig. Zustimmend Planck 293 Anm. 6, neuerdings Biermann 219 Anm. 1.

5. Der Bestellung eines Miterbbaurechts steht nichts entgegen. Kretzschmar, CBlFrG. 3 445, v. Seeler, Miteigenthum 53, Biermann 219 Anm. 1. Wohl aber ist ein Erbbaurecht an einem ideellen Bruchtheile wie auch an einem realen Grundstückstheile nach GBO. § 6 unmöglich. Oberneck 364, Biermann 219 Anm. 1, Neumann 666 Anm 4 zu § 1012.

Letztere Wirkung kann nur dadurch erzielt werden, daß der reale Theil vom Grundstück abgeschrieben und als selbständiges Grundstück eingetragen wird. Fuchs 263 Anm. 3, Planck 294 Anm. 2, Turnau-Förster 441 Anm. 2, Kretzschmar, CBlFrG. 3 435.

Nach Planck a. a. O. ergreift im Uebrigen das Erbbaurecht, selbst wenn es an einem Theile des Grundstücks bestellt ist, das ganze Grundstück. Das zeige sich besonders bei der Zwangsversteigerung. Werde das Grundstück frei vom Erbbaurechte versteigert, so ergreife das Recht des Erbbauberechtigten den Erlös des Grundstücks. Ebenso Kretzschmar a. a. O.

6. Soll die Pflicht zur Leistung eines Bodenzinses mit dem Erbbaurechte verbunden werden, so muß dies in Form einer auf das Erbbaurecht zu Gunsten des jedesmaligen Grundstückseigenthümers gelegten Reallast geschehen. Fuchs 265 Anm. 9, Biermann 220 Anm., Mot. III 468. Möglich ist eine auflösende Bedingung, gemäß deren das Erbbaurecht bei Nichtentrichtung der Zinsen erlöschen soll. Biermann a. a. O.

7. Hat der Berechtigte das Bauwerk selbst errichtet, so wird es nach § 95 Abs. 1 S. 2 BGB. unbestritten sein Eigenthum. Zweifelhaft ist es nur, wer Eigenthümer des Bauwerkes ist, wenn es vom Grundstückseigenthümer errichtet ist. Nach der überwiegenden Ansicht bleibt dann nach den Vorschriften der §§ 93, 94 Abs. 1 der Eigenthümer des Grundstücks auch nach Bestellung des Erbbaurechts Eigenthümer des Bauwerkes und ist auch eine vertragliche Eigenthumsübertragung an den Erbbauberechtigten unzulässig. Planck 294 Anm. 3b, Biermann 220 Anm. 3, Oberneck 366 Ziff. 3b, Endemann § 97, Turnau-Förster I 437 Anm. 2 und 444 Anm. 1 Abs. 2 zu § 1016, Neumann 666 Anm. 3, Kretzschmar, CBlFrG. 3 439, Mot. III 469, 473.

Dagegen meint Cosack II 202 daß mit der Bestellung des Erbbaurechts das Eigenthum an dem Bauwerk auf den Berechtigten übergehe. Ebenso Lehmann 222 § 75; Fuchs 265 Anm 8 ist der Ansicht, daß das Bauwerk nicht dem Bodeneigenthümer gehören dürfe, da sonst nicht ein „Haben“, wie das Gesetz es verlange, sondern allenfalls eine „Benutzung“ eines fremden Bauwerkes und fremden Bodens vorliege. Allerdings hält er es aber für den Begriff des Erbbaurechts nicht gerade für wesentlich, daß das Bauwerk im Eigenthume der Erbbauberechtigten stehen müsse.

8. Wird ein Schatz in dem Bauwerke gefunden, so hat der Erbbauberechtigte dann den Anspruch auf den Eigenthümerantheil, wenn ihm das Bauwerk gehört. Wird aber der Schatz im Grund und Boden gefunden, so steht dieser

Anspruch nur dem Eigenthümer zu. Oberneck 366 Anm. 3c, Planck 294 Anm. 5, Biermann 220 Anm. 3, Neumann 666 Anm. 10 zu § 101 2E, Turnau-Förster I 446 IV zu § 1017.

9. Bezüglich der auf dem Grundstücke ruhenden Abgaben und Lasten ist nach Oberneck 366 Anm. 3c zu unterscheiden, ob der Raum des Grundstücks ausschließlich den Zwecken des Erbbaurechts dient oder nicht. Im ersteren Falle belasten sie den Erbbauberechtigten, im letzteren den Grundstückseigenthümer. Uebereinstimmend Biermann 220 Anm. 4. Abweichende Abmachung ist selbstverständlich zulässig. Biermann a. a. O.

Die Unterhaltung des Bauwerkes ist an und für sich Sache des Erbbauberechtigten. Eine abweichende Vereinbarung ist möglich, aber ihre Eintragung im Grundbuch ist nicht zulässig; jedoch kann sie als selbständige Reallast verdinglicht werden. Biermann 220 Anm. 4, Maenner 192, Kretzschmar, CBlFrG. 3 435 f.

10. Ein Erbbaurecht, das z. Z. des Inkrafttretens des BGB. besteht, bleibt mit seinem bisherigen Inhalt und Range bestehen, nur § 1017 BGB. findet auf ein solches Recht vom Inkrafttreten des BGB. an Anwendung laut EG. z. BGB. Art. 184. Biermann 220 Anm. 5, Oberneck 373 Nr. 6.

11. Das Erbbegräbnißrecht untersteht den Landesgesetzen (Biermann 220 Anm. 6, nach Oberneck 363 Anm. 2) deshalb, weil die Veräußerlichkeit des Rechtes ausgeschlossen ist und eine derartige Beschränkung dem Begriffe des Erbbaurechts wiederspricht.

§ 1013. 1. Die Unterwerfung einer nicht bebauten Fläche unter das Erbbaurecht tritt kraft Gesetzes nicht ein, vielmehr bedarf es der Einwilligung des Grundstückseigenthümers.

Die „Erstreckung" des Erbbaurechts muß auch im Grundbuch ihren Ausdruck finden. Biermann 221, Fuchs 266 Anm. 2 zu § 1013, Planck 295 Anm. 2 zu § 1013. Dieses bestreiten Turnau-Förster 442 zu § 1013.

2. Ist der Erbbauberechtigte im Sachbesitze der unbebauten Fläche, so genießt er Besitzerschutz nach den allgemeinen Vorschriften, wo nicht, ist § 1029 BGB. analog anzuwenden. Planck 295 Anm. 6 zu § 1012, Windscheid-Kipp 1004 § 223, Biermann 221.

Bezüglich des letzteren sind a. M. Turnau-Förster 441 Anm. 6 zu § 1012, die behaupten, daß der Erbbauberechtigte die Besitzklagen nach dem Grundsatze des § 1017 Abs. 2 habe.

§ 1014. 1. Nach Biermann 221 und Maenner 191 Anm. 5 ist ein bloßer Theil eines Gebäudes dann nicht vorhanden, wenn die Baulichkeit selbständig, ohne Zuhülfenahme anderer Gebäudetheile, benutzbar ist.

Dagegen Planck 295 Anm. 1 zu § 1014 meint, daß sich § 1014 nicht auf einen Theil eines anderen Bauwerkes als eines Gebäudes beziehe, daher also z. B. an einem Theile eines Kellers ein Erbbaurecht begründet werden könne.

2. Die Beschränkung des Erbbaurechts auf eines von mehreren auf demselben Grundstücke stehenden Gebäuden ist zulässig, wie auch, daß der Erbbauberechtigte das Gebäude zum Theil auf eigenem, zum Theil auf fremdem Grundstücke hält. Biermann 221 zu § 1014, Planck 295 Anm. 1 zu § 1014, Kretzschmar, CBlFrG. 3 438.

Streitig aber ist, ob das Wort „Gebäude" im § 1014 im weiteren Sinne zu nehmen ist und der Paragraph auch auf andere „Bauwerke" Anwendung findet. Die Frage wird bejaht von Kretzschmar, CBlFrG. 3 438.

§ 1015. 1. Für die Bestellung des Erbbaurechts ist die Form der Auflassung gefordert nach § 925 Abs. 1 BGB. Doch kann die Einigung auch unter

einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen; es findet § 925 Abs. 2 also keine Anwendung (herrschende Ansicht).

2. Zweifelhaft ist es, ob auch Aenderungen des Inhalts des Erbbaurechts der Auflassungsform bedürfen.

Dafür ist Fuchs 269 Anm. 4, Planck 296 Anm. 4, Biermann 222 Anm. 1.

Dagegen Turnau-Förster I 443 Anm. 3 zu § 1015.

3. Ob aber Bedingung und Befristung auch bei der Uebertragung des Erbbaurechts möglich sind, ist bestritten. Nach der einen Ansicht ist hier die Anwendung von § 925 Abs. 2 im Hinblick auf § 1017 Abs. 2 geboten und daher Bedingung oder Befristung unzulässig. So Planck 299 Anm. 3 zu § 1017, Predari 80 Anm. 5 zu GBO. § 7, Biermann 222 Anm. 1 zu § 1015, Strecker 47ff., Kretzschmar, CBlFrG. 3 443, Neumann 667 Anm. 1b zu § 1015, Turnau-Förster I 438 Nr. 5.

Nach anderer Ansicht kommt im Anschluß an § 1015 der § 925 Abs. 2 auch bei der Uebertragung des Erbbaurechts in Fortfall und ist also Bedingung und Befristung zulässig. Fuchs 268 Anm. 2 zu § 1015, Endemann II 229 § 59 Anm. 2.

Ob ein eigenes Grundbuchblatt für das Erbbaurecht angelegt werden muß, ist bestritten. Oberneck 368 meint, daß auf Antrag bzw. bei Veräußerung und Belastung auch ohne Antrag ein eigenes Grundbuchblatt für das Erbbaurecht angelegt werden muß. Biermann 221 Anm. 1 zu § 1015 hält die Anlegung eines besonderen Grundbuchblatts bei Bestellung des Erbbaurechts weder für erforderlich noch für ausreichend. Ebenso Kretzschmar, CBlFrG. 3 441, Turnau-Förster I 443 Anm. 2 Abs. 2 zu § 1015; a. M. Fischer, Handausg. Anm. 1.

4. Auf das Erbbaurecht findet auch die Buchersitzung (§ 900 BGB.) Anwendung. Biermann 222 Anm. 1 zu § 1015, Turnau-Förster I 432 IIIa.

5. Der Paragraph ist auch auf das im EG. z. BGB. Art. 68 genannte Recht — also Berggerechtigkeit — anwendbar. Biermann 222 Anm. 2.

§ 1016. 1. Es kann aber das Recht von der auflösenden Bedingung des Unterganges des Bauwerkes abhängig gemacht werden. Biermann 222 zu § 1016, Planck 297 Anm. 3 zu § 1016, Kretzschmar, CBlFrG. 3 438, Turnau-Förster I 444 Anm. 4 zu § 1016.

2. Die Materialien gehören dem Gebäudeeigenthümer. Biermann 222 zu § 1016, Planck 297 Anm. 2 zu § 1016, Turnau-Förster I 444 Anm. 1 Abs. 2 zu § 1016. Dagegen behauptet Dernburg (§ 161 Anm. 8), daß das mobilisirte Material schlechthin im Eigenthume des Superfiziars stehe.

3. Der Erbbauberechtigte hat das Recht, aber nicht die Pflicht, das Bauwerk von neuem aufzuführen Turnau-Förster I 444 Anm. 1, Biermann 222 zu § 1016, Planck § 297 Anm. 1 zu § 1016, Kretzschmar, CBlFrG. 3 438.

4. Der Grundstückseigenthümer hat — von vertraglichen Abweichungen abgesehen — wenn er Eigenthümer des zerstörten Gebäudes war, nicht die Verpflichtung, das zerstörte Gebäude wieder zu errichten. Kretzschmar, CBlFrG. 3 438.

§ 1017. 1. Streitig ist vor allem, ob von den für den Erwerb des Eigenthums geltenden Vorschriften auch § 313 BGB. auf den Erwerb des Erbbaurechts Anwendung findet.

Nach der herrschenden Lehre ist die Frage zu bejahen. Planck 298 Anm. 2b zu § 1017, Oertmann Anm. 3 zu § 313, Schollmeyer Anm. 1b zu § 313, Oberneck 369 Nr. 2β und 291f Nr. 1, Predari 79 Anm. 2 zu GBO. § 7, Biermann 222 Anm. 1a zu § 1017, Fuchs 269 Anm. 5 zu § 1015, Turnau-Förster I 445 I 1 zu § 1017, Prot. I 464.

Dagegen meint Maenner 193 § 31 Anm. 2, daß § 313 BGB. nur zur Anwendung zu bringen sei bei der Uebertragung, nicht aber bei der Bestellung des Erbbaurechts. Derselben Meinung ist Kretzschmar, CBlFrG. 3 440, zumal ja unbestrittenermaßen auch der obligatorische Vertrag, durch den sich der Berechtigte zum Verzicht auf das Recht verpflichte, formfrei sei.

2. Zweifelhaft ist ferner die Anwendbarkeit von §§ 94 Abs. 1, 95 BGB. Nach der einen Ansicht ist sie ausgeschlossen. Turnau-Förster I 445 Anm. 2, Planck 298 Anm. 2 zu § 1017.

Nach der anderen Meinung ist sie zugelassen. So vor allem Fuchs 273f Anm. 2 und 3a zu § 1017, Biermann 222f Anm. 1a zu § 1017, Oertmann A.bürgR. **20** 190, Fischer-Henle 502 Anm. 1 zu § 1017.

3. Ob alle diejenigen Vorschriften, die sich auf Sachen überhaupt im Gegensatze zu Rechten beziehen, auf das Erbbaurecht Anwendung finden, soweit sie sich nicht ausschließlich auf Mobilien beziehen, ist bestritten.

Dafür treten ein: Fuchs 274 Anm. 3b zu § 1017, Neumann 668 Anm. 3 zu § 1017, Biermann 223 Anm. 1b.

Dagegen wollen §§ 98 Nr. 2 ausschließen: Planck 298 Anm. 2 zu § 1017, Turnau-Förster I 445 Anm. 2 zu § 1017, ersterer auch noch § 905. Gegen den Ausschluß des § 905 Turnau-Förster a. a. O.

4. Streitig ist, ob die Vorschriften, die § 1017 Abs. 1 im Auge hat, im BGB. bzw. EG. z. BGB. enthalten sein müssen, oder ob auch andere Reichs- oder Landesgesetze dem § 1017 Abs. 1 unterstellt sind.

Planck 297 f Anm. 1 zu § 1017 meint, daß die Vorschrift des § 1017 Abs. 1 alle Reichs- und Landesgesetze umfasse, soweit nicht ein Gesetz eine Ausnahme mache. Ebenso Turnau-Förster I 444 Anm. I 1 zu § 1017.

Derselben Ansicht ist Biermann 223 Anm. 1c zu § 1017, doch mit der Einschränkung, daß er fordert, die betreffenden Reichs- bzw. Landesgesetze müßten nach dem BGB. entstanden oder revidiert sein, und zugiebt, daß im Einzelfalle die Auslegung ergeben könne, daß die Anwendung einer auf Grundstücke bezüglichen Vorschrift auf das Erbbaurecht dem Sinne derselben nicht entspricht. Entgegen diesen beiden Ansichten will Fuchs 274 Anm. 3b zu § 1017 das Anwendungsgebiet von § 1017 Abs. 1 allein auf das BGB. und EG. z. BGB. beschränken.

5. Die Frage, ob die Bestellung eines Erbbaurechts an einem städtischen Grundstücke der Genehmigung der Aufsichtsbehörde (Bezirksausschusses) bedarf, ist vom Kammergerichte wiederholt verneint worden, da diese Genehmigung von der Preuß. Städteordnung nur für Grundstücksveräußerungen vorgeschrieben sei. KGJ. **21** A 128, OLG. **4** 66. Dagegen meinen Turnau-Förster I 441 Anm. 3 zu § 1012, daß die Genehmigung mit Rücksicht auf § 1017 BGB. bei Uebertragung des Erbbaurechts erforderlich sei.

6. Nach übereinstimmender Ansicht ist die Anwendung des § 928 auf das Erbbaurecht ausgeschlossen. Planck 299 Anm. 3 Abs. 2 zu § 1017, Fuchs 275 Anm. 5e zu § 1017, Biermann 223 Anm. 2, Kretzschmar, CBlFrG. **3** 443.

Zweifelhaft ist dagegen, ob die Anwendung des § 927 zulässig ist. Der Streit kommt im Wesentlichen darauf hinaus, ob § 927 BGB. in erster Linie den Erwerb oder den Verlust des Eigenthums regele. Regelt er den Erwerb, so ist er nach § 1017 Abs. 2 anzuwenden, andernfalls auszuschließen.

Für Zulassung von § 927 sind Maenner 194 § 32 Anm. 4, Oberneck 869f Z. 24, Kober 146 Bem. 2a zu § 1017, Windscheid-Kipp 1004 § 223, Fischer-Henle 502 Anm. 2 zu § 1017, Kretzschmar, CBlFrG. **3** 443.

Dagegen Strecker 48, Fuchs 275 Bem. 5d, Planck 299 Anm. 3, Predari 79 Anm. 2 zu GBO. § 7, Endemann II 230, Goldmann-Lilienthal 455 Z. 4 Anm. 4, Turnau-Förster I 446 II.

7. Zur Löschung des Erbbaurechts ist nach der herrschenden Lehre Löschung im Grundbuche des belasteten Grundstücks genügend, die Schließung des Grundbuchblatts des Erbbaurechts weder erforderlich noch ausreichend. Planck 293 Vorbem. 8 zu §§ 1012 ff., Oberneck 371 § 77 Z. 2, Turnau-Förster I 426, Strecker 48, 71, Biermann 223 Z. 2, Kretzschmar, CBlFrG. 3 445, Prot. III 285.

Dagegen ist Fuchs 270 f. Bem. 6 b zu § 1015 der Ansicht, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich auf das besondere Blatt des Erbbaurechts übertragen habe und daher alle Rechtsänderungen, mithin auch die Löschung nur auf ihm wirksam eingetragen werden können.

8. Steht das Erbbaurecht einer Gesammtheit von Personen nach Bruchtheilen zu, so ist zum Erlöschen des Rechtes Verzichtserklärung der sämmtlichen Berechtigten erforderlich.

Der einzelne Berechtigte kann daher nur die Zwangsversteigerung behufs Aufhebung der Gemeinschaft betreiben. Kretzschmar, CBlFrG. 3 445 f.

9. Die Vorschriften des EG. z. BGB. Art. 184 und § 1017 BGB. gelten nach Biermann 223 Anm. 3 nur von Erbbaurechten, die auch nach dem Rechte des BGB. Erbbaurechte wären. Für Pflanzungen, Stockwerke u. Ä. bleibe vielmehr das bisherige Recht dauernd maßgebend. Im Gegensatze dazu wollen Turnau-Förster I 437 f. I 4 die Vorschriften des EG. Art. 184 und § 1017 BGB. ganz allgemein zur Anwendung bringen.

10. § 1017 findet entsprechende Anwendung auf das landesgesetzliche Erbpacht-, Häusler- und Büdnerrecht, sowie auf die Berg- und Mineralgerechtigkeit nach EG. z. BGB. Artt. 63 und 68. Biermann 223 Anm. 4, Turnau-Förster I 446 III.

Fünfter Abschnitt.

Dienstbarkeiten.

Erster Titel.

Grunddienstbarkeiten.

§ 1018. 1. Berechtigter ist der jeweilige Eigenthümer eines Grundstücks als solcher. Das Recht kann also auch zu Gunsten einer Mehrheit von Grundeigenthümern bestellt werden, doch nicht für eine Gemeindemarkung als solche. Dieser kann nur eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zustehen. Dernburg 468 § 163 Ziff. 3, Maenner 198 § 37 Anm. 1, Biermann 225 Anm. 1 a zu § 1018, Endemann 390 § 100, Turnau-Förster I 455 Anm. I 5 zu § 1019.

2. Die Belastung zu Gunsten des Eigenthümers eines Bruchtheils ist nicht möglich, ebenso wenig wie die Belastung eines idealen Bruchtheils. Oberneck 389 § 84 1 b, Turnau-Förster I 450 Anm. I 2 zu § 1018, Biermann 225 Anm. 1 a und b zu § 1018, Prot. III 310. Umgekehrt aber kann ein größerer Grundstückskomplex mit Grunddienstbarkeiten, die augenscheinlich nur auf einem Theile derselben ausgeübt werden dürfen, belastet werden und dementsprechend auch die Eintragung erfolgen. OLG. Dresden, Annalen d. OLG. Dresden 22 143; Mot III. 488.

3. Biermann 225 Anm. 1 b zu § 1018 meint, daß die nach § 873 BGB. erforderliche Einigung von den Miteigenthümern nicht zusammen erklärt zu werden brauche. Es genügt, sie nach einander zu schließen.

4. Ob und wieweit Dienstbarkeiten an öffentlichen Grundstücken begründet werden können, bestimmt sich nach Landesrecht. Biermann 226 Anm. 1 b zu § 1018, Turnau-Förster I 451 f. Anm. II zu § 1018, Prot. III 439.

5. Nach der herrschenden Ansicht kann eine Grunddienstbarkeit nicht begründet werden, solange die beiden Grundstücke auf einen Namen eingetragen sind, da dann die Einigung nach § 873 BGB. nicht erzielt werden kann. Oberneck 394 § 85 Ziff. 1 Abs. 3, Planck 302 Vorb. 4 vor § 1018, Fuchs 286 Bem. 3d, Turnau-Förster I 450 Anm. I zu § 1018, auch Biermann 226 Anm. 1c zu § 1018. KGJ. **20** A 294, RG. **47** 202, JW. **01** 101, Mot. III 480; a. A. Cohen, DJZ. **01** 23 (vgl. auch o. Ziff. 3c zu § 181).

Friedrichs, R. **01** 511 ff. behauptet, daß es zulässig sei, eine dingliche Belastung des Grundstücks in Erwartung der späteren Einigung vorläufig eintragen zu lassen. Das Gericht habe nicht zu prüfen, ob die Einigung schon erfolgt sei oder in absehbarer Zeit erfolgen werde, sondern auf Antrag und nach Beibringung der formgerechten Eintragungsbewilligung (GBO. § 19) die Eintragung vorzunehmen. Ebenso Predari 83 Bem. 4 zu GBO. § 8.

Biermann 226 Anm. 1c zu § 1018 hebt hervor, daß, wenn der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks zugleich Miteigenthümer des belasteten oder der Eigenthümer des belasteten Grundstücks zugleich Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks sei, der Begründung der Dienstbarkeit nach § 1009 BGB. nichts im Wege stehe.

6. Die vertragsmäßige Beschränkung der dem einen Eigenthümer bestellten Dienstbarkeit bildet keine Grunddienstbarkeit zu Gunsten des dienenden Grundstücks der ersteren. OLG. **3** 292 (Kiel) Biermann 226 Anm. 2a zu § 1018.

7. Unter Handlungen im Sinne dieser Vorschrift sind nur solche zu verstehen, die kraft des Eigenthums am belasteten Grundstück an sich erlaubt sind und eine Benutzung dieses Grundstücks, ein Verfahren mit ihm, eine Einwirkung enthalten. OLG. **5** 155, 316, **4** 305 (KG.), KGJ. **23** A 226, **24** A 241, RJA. **3** 148, CBlFrG. **3** 365, R. **02** 554.

8. Ob Handlungen, die schon durch das Gesetz vertreten sind, Gegenstand einer Dienstbarkeit sein können, ist bestritten. Biermann 226 Anm. 2b zu § 1018 ist der Ansicht, daß dies nicht möglich sei, da die Dienstbarkeit eine Belastung sei und man das nicht von der Wiederholung gesetzlicher Beschränkung sagen könne. Ebenso OLG. **1** 380 (KG.) für das Nachbarrecht.

Dagegen meint Planck 304 Bem. 1b zu § 1018, daß der Eigenthümer in Fällen, in denen es zweifelhaft sei, ob eine Handlung schon gesetzlich verboten sei oder nicht, wohl an der Festsetzung ein Interesse daran haben könne und daher eine zu diesen Zwecken bestellte Dienstbarkeit eintragungsfähig sei.

9. a) Nicht unter den Paragraphen gehört der Fall, daß der Eigenthümer dem Anderen gegenüber auf künftige, rein obligatorische Schadensersatzansprüche verzichtet, da diese sich nicht aus dem Eigenthum ergeben. KGJ. **21** A 310, **22** A 152, OLG. **3** 96, 291 (KG.).

b) Nicht hierher gehört auch die Pflicht, ein überragendes Gesims auf auf eigene Kosten zu beseitigen. KGJ. **20** A 91.

c) Ebenso wird von dem Paragraphen nicht der Fall getroffen, in dem es sich um die Aufhebung eines subjektiv-dinglichen Rechtes handelt. OLG. **4** 305 (KG.).

d) Keine Grunddienstbarkeit nach BGB. oder EG. z. BGB. Artt. 67, 68 ist es, wenn der Grundstückseigenthümer einer Person das ausschließliche, vererbliche und veräußerliche Recht einräumt, das Grundstück behufs Gewinnung von nicht verleihbaren Mineralien zu benutzen.

Ueber die Eintragungsfähigkeit s. OLG. **2** 120 (KG.), Schlesw.-Holst. Anzeigen **01** 70.

§ 1019. 1. Die Grunddienstbarkeit muß für die Benutzung des herrschenden Grundstücks Vortheile bieten. RG. JW. **00** 676 Nr. 46, 47. Es genügt

also nicht, daß einem Besitzer oder auch dem jeweiligen Besitzer des herrschenden Grundstücks durch die Ausübung der Dienstbarkeit Vortheil erwächst. Es ist vielmehr begriffswesentliche Voraussetzung für das Vorhandensein einer Grunddienstbarkeit, daß das bestellte dingliche Recht dem herrschenden Grundstücke selbst dergestalt materiellen Vortheil bietet, daß dadurch sein Nutzungswerth an sich erhöht wird. LG. Zwickau, CBlFrG. **2** 170; Biermann 227 Anm. 1 zu § 1019. Dieser Vortheil braucht kein Geldvortheil zu sein, sondern kann auch in Annehmlichkeit, Bequemlichkeit, Befriedigung anerkannter ästhetischer Interessen liegen. Dernburg III 163 II 2 und 462 Ziff. 8, 9; Oberneck 389 § 84 Ziff. 1b; Biermann 227 Anm. 1 zu § 1019.

2. Es genügt, wenn die Grunddienstbarkeit für die Benutzung des Grundstücks zu einem Gewerbebetriebe Vortheil bietet. Maenner 199; Seuff. A. **25** Nr. 220. Nur nach Maßgabe des Einzelfalls läßt sich bestimmen, ob das Verbot, auf einem Grundstück ein bestimmtes Gewerbe zu betreiben, als Grunddienstbarkeit bestellt werden könne. Vgl. Seuff. A. **45** 168.

3. Abgelehnt ist die Eintragung folgenden Vermerkes in das Grundbuch: „Die Verpflichtung, auf dem Grundstücke bis zum 1. April 1912 nur Biere aus der Brauerei der Firma X. zu verschänken oder verschänken zu lassen, bei Vermeidung einer nicht als Reugeld zu betrachtenden Vertragsstrafe für jeden Hektoliter fremden Bieres in Faß oder Flaschen von 5 M." Hiernach sollte das Grundstück in der Weise belastet werden, daß darauf der Ausschank anderer Biere als solche aus der bezeichneten Brauerei nicht vorgenommen werden sollte. Das Ausschänken von Bier stellte die Vornahme einer Handlung dar. Dennoch lag, wie das Landgericht Halle und ihm folgend das Kammergericht ausführte, keine eintragungsfähige Grunddienstbarkeit vor, weil unter „Handlungen" nur solche verstanden werden können, durch die das Grundstück, an welchem die Grunddienstbarkeit stattfindet, benutzt wird, nicht aber solche, welche kraft der persönlichen Freiheit des Grundstückseigenthümers oder kraft der Freiheit seines Gewerbebetriebes sonst gestattet sind und nun unterlassen werden sollen. Der ausschließliche Ausschank von Bier einer bestimmten Bezugquelle ändert an der Benutzung des angeblich dienenden Grundstücks nichts. In den Entscheidungen wurde noch ausgeführt, es könne eine Dienstbarkeit des Inhalts bestellt werden, daß bestimmte Gewerbe auf einem Grundstücke nicht betrieben werden dürfen. Unter Umständen könne der Inhalt auch dahin gehen, daß nur Wein oder Biere, aber nicht Branntwein, oder daß nur Biere zu einem bestimmten Mindestpreis auf dem Grundstücke verschänkt werden dürfen, weil dadurch eine verschiedene Art des Verkehrs des Publikums und demgemäß der Benutzung des Grundstücks herbeigeführt werden kann, je nachdem die eine oder andere Gattung von Getränken darauf zum Ausschank kommt. KGJ. **24** A 241. Die Unterlassung der Handlung kann auch darin bestehen, daß bestimmte Gewerbe auf dem Grundstücke nicht betrieben werden dürfen. Seuff. A. **14** 269; vgl. aber Biermann, Anm. 1 zu § 1019.

4. Nach Enneccerus-Lehmann 120 muß, wenn nicht die Dienstbarkeit im Hinblick auf eine besondere zukünftige Betriebsart bestellt ist, angenommen werden, daß sie der gegenwärtigen Benutzungsart des herrschenden Grundstücks dienen soll. Es wird daher regelmäßig als von den Parteien gewollt anzunehmen sein, daß bei Aenderung der Benutzungsart die Dienstbarkeit sich nicht entsprechend ändert.

5. Streitig ist es, ob es zur Bestellung einer Grunddienstbarkeit ausreichend ist, daß der Vortheil durch das von dem augenblicklichen Eigenthümer des belasteten Grundstücks betriebene Gewerbe gewährt wird. Dafür sind Oberneck 389 § 84 Ziff. 1b; Dernburg III 469 § 164 Ziff. 1 und Anm. 3, sowie Cosack II 218 und 192 I 4d.

Dagegen wird behauptet, daß die Grunddienstbarkeit auf der dauernden Beschaffenheit des dienenden Grundstücks beruhen müsse Kohler, A.civPr. 87 213; Planck 306, Bem. 2d; Biermann 227 Anm. 1 Abs. 2 zu § 1019. Jedoch sagt Biermann a. a. O., daß der Vortheil nicht für ewige Zeiten zu bestehen brauche. Die Dienstbarkeit könne z. B. auch in der Ausbeutung einer in einigen Jahren zu erschöpfenden Grube bestehen.

6. Nachbarschaft der Grundstücke ist nicht unbedingt erforderlich. Turnau-Förster I 452 Anm. IV zu § 1018; Biermann 228 Anm. 1 Abs. 3 zu § 1019.

7. a) Die Zeit, die für den Umfang der Grunddienstbarkeit maßgebend ist, braucht nach Biermann 228 Anm. 2 zu § 1019 nicht immer die Zeit der Bestellung zu sein. Denn da sich die wirthschaftlichen Bedürfnisse eines Grundstücks naturgemäß mit der Zeit ändern, so sei anzunehmen, daß die Parteien auf sie Rücksicht genommen haben. Nur dürfe das herrschende Grundstück nicht seinen Charakter verändern. Vgl. Kohler, A.civPr. **87** 15; Coith das. **76** 220.

Auch diese letzte Einschränkung leugnet Dernburg III 477 § 167 I, wenn nur die gesteigerten Ansprüche durch die Zeitverhältnisse und die wirthschaftlichen Umstände und eine in Folge dessen veränderte Benutzungsweise des herrschenden Grundstücks verursacht sind. Allerdings dürften auch dann die der Servitut ausdrücklich gezogenen Grenzen nicht überschritten werden.

Fischer-Henle 504 Anm. 2 zu § 1019 sind der Ansicht, daß das durch wesentliche Umgestaltung des herrschenden Grundstücks gesteigerte Bedürfniß keine Erhöhung des Umfanges der Belastung nach sich ziehe.

Nach Prot. III 310 ist zu unterscheiden, ob der natürliche Betrieb, wie er z. Z. der Begründung der Dienstbarkeit bestanden habe, eine Erweiterung der Bedürfnisse bedinge, oder ob es sich um nicht vorherzusehende Aenderungen in der Benutzungsart des herrschenden Grundstücks handle. Im ersteren Falle erweitere sich der Umfang der Belastung. Ebenso Oberneck 391 § 84 Ziff. 3; Turnau-Förster I 454 Anm. I 2 Abs. 3 zu § 1019; OLG. Stuttgart, Seuff. A. **55** Nr. 68.

b) Streitig ist aber, ob eine solche vorauszusehende Erweiterung der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks auch in der nachträglichen Zuschreibung von Flächen zu erblicken und daher die Dienstbarkeit auch zu ihren Gunsten auf sie auszudehnen sei.

Dieser Ansicht ist Oberneck 391 § 84 Ziff. 3, vgl. Seuff. A. **35** Nr. 277, während Turnau-Förster I 454 Anm. I 2 Abs. 3 zu § 1019 und Biermann 228 Anm. 2 Abs. 2 zu § 1019 in Uebereinstimmung mit RG. JW. **00** 677 Nr. 48 sich dagegen aussprechen.

8. Wer außer dem Eigenthümer zur Ausübung der Dienstbarkeit berechtigt ist, bestimmt sich nach der Art derselben. So kann ein einer Mühle zustehendes Wegerecht auch von den Mahlgästen ausgeübt werden. Seuff. A. **14** Nr. 212.

9. Soll die Dienstbarkeit in dinglicher Weise von einem Entgelt abhängig gemacht werden, so ist Eintragung einer entsprechenden auflösenden Bedingung im Grundbuch oder Belastung des herrschenden Grundstücks mit einer Reallast nothwendig. Maenner 203 § 38; Kohler, A.civPr. **87** 231; Neumann 671 Bem. 4 zu § 1018; Fuchs 287 Bem. 4a zu § 1018; Biermann 228 Anm. 4 zu § 1019.

§ 1020. 1. Der Berechtigte muß sich auch kleine Erschwerungen bei Ausübung seines Rechtes gefallen lassen. Biermann 229 Anm. 1a zu § 1020; Beispiele Strieth. A. **46** 243, **51** 131, **80** 60. Vgl. JW. **00** 663.

2. Eine Zuwiderhandlung gegen die Pflicht des Berechtigten kann auch darin liegen, daß er als Inhaber eines Wegerechts eine Tafel anbringen läßt, deren Inschrift auf einen öffentlichen Weg hinweist. **RG.** Seuff. A. 56 Nr. 75, Gruchots Beitr. **45** 1019.

3. Der Paragraph findet analoge Anwendung auf das Interesse derjenigen, welche von dem Eigenthümer des belasteten Grundstücks Rechte herleiten, denen die Dienstbarkeit dem Range nach vorgeht. Mot. III 483; Turnau-Förster I 455, Anm. 1 zu § 1020; Biermann 229 Anm. 1a zu § 1020.

4. a) Die Unterhaltungspflicht besteht, wie sich aus dem Wortlaute der §§ 1021, 1022 ergiebt, auch dann, wenn der Berechtigte die Anlage nicht selbst, z. B. auch sein Rechtsvorgänger errichtet hat. Fuchs 292 Bem. 1; Biermann 229 Anm. 1b zu § 1020.

b) Die Anlage muß auf dem belasteten Grundstücke, z. B. auch ein überragender Balkon, sein, braucht aber nicht im Eigenthume des Berechtigten zu stehen. Planck 308 Anm. 3a zu § 1020.

Der Berechtigte muß aber ein Recht auf das Bestehen der Anlage haben. Planck 308 Anm. 3a zu § 1020; Cosack II 197 f. § 218 Ziff. 6 Beispiel; Biermann 229 Anm. 1b zu § 1020.

Dagegen will Fuchs 292 Anm. 1 Abs. 3 zu §§ 1020—1022 die Unterhaltungspflicht auch auf alle Einrichtungen ausdehnen, die die Ausübung der Grunddienstbarkeit vermitteln.

5. Nach der herrschenden Lehre finden auf diese Unterhaltungspflicht die Vorschriften über die Reallasten keine Anwendung. Planck 308 Anm. 2 zu § 1020; Fuchs 292 Anm. 1 Abs. 2 zu §§ 1020—1022; Biermann 229 Anm. 1b zu § 1020; a. A. Windscheid-Kipp I 960 § 211a Zus. Nr. 6.

6. Die Eintragung der Unterhaltungspflicht im Grundbuche kann selbstverständlich nur geschehen, wenn die Dienstbarkeit selbst eingetragen ist. OLG. **4** 293 (Stettin).

7. Die §§ 1020—1022 gelten nach EG. z. BGB. Art. 184 auch für Dienstbarkeiten, die beim Inkrafttreten des BGB. bereits bestanden, ja selbst für einen dem § 1020 widersprechenden Zustand, den der Berechtigte vor dem 1. 1. 1900 in Ausübung der Grunddienstbarkeit geschaffen hat, wenn der Zustand beim Inkrafttreten des BGB. noch bestand. Turnau-Förster I 456 Anm. 3 zu § 1020; **RG.** Gruchots Beitr. **45** 1020.

§ 1021. 1. Streitig ist es, ob die Unterhaltungspflicht nach Maßgabe des § 1021 zur dinglichen Wirksamkeit der Eintragung in das Grundbuch bedarf.

Die Frage wird für die durch Rechtsgeschäft begründete Unterhaltungspflicht bejaht von Cosack II 198 § 218 V 6d, Oberneck 390 § 84 Ziff. 3, Turnau-Förster I 457, Bem. 2 zu § 1021, Planck 310 Anm. 3 zu § 1021, Biermann 230 Anm. b zu § 1021, wohl auch Fischer-Henle 505, Anm. 2 zu § 1021.

Dagegen erklären sich Fuchs 293 Bem. 3 zu §§ 1020—1022, Neumann 672, Anm. 2 zu § 1021.

2. Satz 2. Streit herrscht über den von der 2. Kommission hinzugefügten Satz 2 des Paragraphen.

Nach der herrschenden Meinung ist im Falle des § 1021 Satz 2 beim Fehlen einer vertraglichen Abmachung die Unterhaltungspflicht grundsätzlich von beiden Theilen nach Verhältniß zu tragen und im Zweifel auf § 748 zu rekurriren. Fuchs 292 f., Bem. 2a bb zu §§ 1020—1022; Turnau-Förster I 456 Bem. 1 zu § 1021; Endemann § 102 Nr. 12; Biermann 230 Bem. aβ zu § 1021.

Dagegen behauptet Planck 309, Anm. 2 zu § 1021, daß das vorliegende Verhältniß von der Gemeinschaft gänzlich verschieden sei und daher § 748 nicht

in Betracht kommen könne. Vielmehr sei es Sache jedes der beiden Betheiligten, die Anlage insoweit zu unterhalten, als sein Interesse es erfordere; eine Verpflichtung dazu gegenüber dem anderen Theile bestehe nicht. So auch Mot. III 484 Nr. 4.

3. Im Falle des § 1021 Abs. 1 Satz 2 erfolgt die Eintragung auf dem Blatte des herrschenden d. h. mit der Unterhaltungspflicht belasteten Grundstücks, **Planck** 310 Anm. 3 zu § 1021; **Biermann** 230 Anm. b zu § 1021.

4. Nach § 1108 haftet der Eigenthümer des mit der Unterhaltungspflicht belasteten Grundstücks persönlich für die während der Dauer seines Eigenthums fällig werdenden Lasten. Zweifelhaft ist aber, ob Fälligkeit hier dasselbe bedeutet wie Eintritt der Reparaturfähigkeit. Die herrschende Lehre ist der Meinung, daß Reparaturen dann als fällig anzusehen sind, wenn die Reparaturbedürftigkeit eingetreten ist. **Maenner** 206 § 39 Anm. 9; **Planck** 311 Anm. 4c zu § 1021; **Turnau-Förster** I 457 Anm. 2 a. E. zu § 1021; **Endemann** 398 § 102 Anm. 18.

Dagegen sind **Fuchs** 294 Anm. 4b zu §§ 1020—1022 und **Kohler**, A.civPr. 87 215 der Ansicht, daß Fälligkeit mit Eintritt der Reparaturbedürftigkeit nicht identisch sei.

5. Will sich der Eigenthümer von der Unterhaltungspflicht für die Zukunft befreien, so kann er das nur, indem er den Theil seines Grundstücks, mit dem die Anlage verbunden ist, auf ein besonderes Grundbuchblatt schreiben und in dieses die Dereliktionserklärung eintragen läßt. **Turnau-Förster** I 458 Anm. 6 zu § 1021; Prot. III 313; **Biermann** 230 Anm. 4c.

6. Der unterhaltungspflichtige Dienstbarkeitsberechtigte befreit sich durch bloßen Verzicht auf die Servitut. **Biermann** 230 Anm. 4c zu § 1021.

7. Die landesgesetzlichen Vorschriften über die Ablösung von Reallasten u. s. w. (EG. z. BGB. Artt. 113—115) finden nach EG. z. BGB. Art. 116 auf die Unterhaltungspflichten der §§ 1021, 1022 keine Anwendung. **Biermann** 230 Anm. 4d zu § 1021.

8. Ist mit einer vor dem 1. Januar 1900 bestellten Dienstbarkeit eine Wegeunterhaltungspflicht verbunden, so bleibt die gesammte Last nach dem 1. 1. 00 auch ohne Eintragung gegen Dritte wirksam. OLG. 4 293 (Stettin).

§ 1022. Ist die Unterhaltungspflicht abweichend von der Vorschrift des Paragraphen bestimmt, so ist Eintragung im Grundbuch erforderlich, wenn sie gegen Dritte Wirkung haben soll. **Biermann** 231 zu § 1021; **Turnau-Förster** I 458 Anm. 1 zu § 1022; wohl auch **Fischer-Henle** 505 Anm. 3 zu § 1022.

§ 1023. 1. Ob die besondere Erschwerung von Anfang an bestand oder erst nachträglich in Folge von Veränderungen der Umstände eintrat, ist im Gegensatze zu Entw. I z. BGB. gleichgültig. **Turnau-Förster** I 458 Anm. 1 zu § 1023; **Biermann** 231 Anm. 1b zu § 1023; **Fischer-Henle** 505 Anm. 3 zu § 1023.

2. Der Eigenthümer des belasteten Grundstücks haftet wegen der Kosten nur persönlich; § 1021 Abs. 2 findet keine Anwendung. **Biermann** 231 Anm. 1d zu § 1023.

3. Die herrschende Ansicht nimmt an, daß ein Rechtsgeschäft, das die Verlegung ausschließt oder beschränkt, nichtig sei. Mot. III 485 und die Kommentatoren zu § 1023.

Dagegen behauptet **Lehmann** 228 § 77, der Eigenthümer könnte die Verlegung nur verlangen, „sofern nicht dies Verlegungsrecht ausdrücklich ausgeschlossen sei".

4. Erfolgt die Einigung der Parteien über die Verlegung nicht durch Vertrag, so ist sie durch den Richter anzuordnen. Biermann 231 Anm. 1f zu § 1023; Neumann 672 Anm. 1 zu § 1023.

5. Zweifelhaft ist es, ob die Verlegung der Dienstbarkeit der Eintragung im Grundbuche bedarf.

Gegen jede Eintragungsbedürftigkeit erklären sich Dernburg 475 § 166 Ziff. 2c; Fuchs 295 Bem. 2b zu § 1023; Turnau-Förster I 459 Bem. 2 zu § 1023.

Kuhlenbeck 719 Bem. 1 unterscheidet, ob die bisherige Stelle der Ausübung im Grundbuch angegeben war. War sie es, so ist seines Erachtens zur wirksamen Verlegung Eintragung im Grundbuch erforderlich, andernfalls nicht. Ebenso Biermann in der 1. Auflage, doch ist diese Ansicht in der 2. Auflage aufgegeben.

Für die unbedingte Erforderlichkeit der Eintragung der Verlegung im Grundbuche sprechen sich aus: Planck 313 Bem. 4 zu § 1023; Predari 132; Biermann 231 Anm. 1g zu § 1023, da ihrer Ansicht nach die Verlegung eine Aenderung des Inhalts der Grunddienstbarkeit (§ 877 BGB.) bilde.

6. Ist das herrschende Grundstück mit Rechten Dritter belastet, so bedarf es zur Verlegung der Dienstbarkeit der Zustimmung der Dritten. Dernburg 128 § 44; Biermann 232 Anm. 1g zu § 1023.

7. Ist die Verlegung auf Grund des § 1023 BGB. erfolgt, so ist der Eigenthümer dadurch nicht gehindert, später eine neue Verlegung zu verlangen. Biermann 232 Anm. 2h zu § 1023; Neumann 673 Anm 3 zu § 1023.

8. Nach der herrschenden Ansicht ist die analoge Anwendung des § 1023 auf die Abänderung der Art der Ausübung und auf die Verlegung der Dienstbarkeit auf ein anderes Grundstück nicht zulässig. Maenner 207 § 39; Neumann 673 Anm. 1 Abs. 2 zu § 1023; Dernburg 476 § 166; Turnau-Förster I 459 Bem. 1 zu § 1023; Planck 314 Anm. 9 zu § 1023; Fischer-Henle 505 Anm. 2 zu § 1023; **RG. 50** 32, DIZ. **02** 68 und IW. **02** 71, R. **6** 19, Prot. III 315.

Dagegen hält Kohler A.civPr. 87, 232ff. die analoge Anwendung des § 1023 sowohl auf die Abänderung der Art der Ausübung, wie auf die Verlegung der Dienstbarkeit für möglich.

9. Der Eigenthümer des berechtigten Grundstücks kann nicht verlangen, daß der Eigenthümer des belasteten Grundstücks die Verlegung der Dienstbarkeit auf eine für den Berechtigten vortheilhaftere Seite gestatte. Kohler, A.civPr. **87** 237; Biermann 232 Anm. 3 zu § 1023.

§ 1024. 1. Nach Planck 315f. Anm. 2 zu § 1024 kann zwar nicht der Grunddienstbarkeitsberechtigte, wohl aber der Nutzungsberechtigte wider seinen Willen durch Geld abgefunden werden.

Die Zulässigkeit dieser Abfindung bestreitet Biermann 232 zu § 1024.

2. Zweifelhaft ist, ob die Regelung der Ausübung zur dinglichen Wirkung der Eintragung im Grundbuche bedarf. Für das Erforderniß der Eintragung sprechen sich aus Planck 316 Bem. 3 zu § 1024; Predari 132f.; dagegen erklären sich Fuchs 296 Bem. 2a zu § 1024; Turnau-Förster I 460 Anm. 2 zu § 1024.

§ 1025. 1. Wird das herrschende Grundstück getheilt und gereicht die Grunddienstbarkeit nur einem Theile desselben zum Vortheile, so erlischt sie für die anderen Theile mit der Theilung, d. h. mit der Umschreibung ohne Löschung im Grundbuche.

2. Ist die Dienstbarkeit untheilbar, so hat jeder Eigenthümer eines Theilstücks das volle Recht und ist nur in der Ausübung so beschränkt, daß die Ge-

sammtausübung für den Eigenthümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher ist als zuvor. Dernburg III 478 § 167 II; Oberneck 391; Biermann 232 zu § 1025; anders Kober 154 Bem. 1.

3. Zweifelhaft ist, ob § 1109 BGB. auf den Fall des § 1025 Anwendung findet. Gegen die Zulassung von § 1109 Abs. 2 sind Planck 318 Bem. 3 zu § 1025 und Biermann 233 zu § 1025.

Planck a. a. O. aber will auch § 1109 Abs. 1 ausschließen, während Biermann a. a. O. aus seiner Anwendbarkeit folgert, daß, wenn der Eigenthümer des belasteten Grundstücks eine Anlage zu unterhalten hatte (§§ 1021 Abs. 1 Satz 1, 1022), jeder Theileigenthümer nach Theilung des herrschenden Grundstücks die Unterhaltungspflicht in vollem Umfange geltend machen kann. Gereiche die Servitut aber nur einem Theile zum Vortheil, so habe dieses Recht nur der nach Satz 2 nunmehr Alleinberechtigte.

Planck a. a. O. bemerkt, daß, soweit es sich um untheilbare Leistungen handele, die Vorschriften des § 1109 Abs. 1, 2, 3 mit den Vorschriften des § 1025 übeinstimmen.

4. Gleiches wie das unter 3 Gesagte gilt, wenn der Berechtigte nach § 1021 Abs. 1 Satz 2 die Unterhaltungspflicht hat und das belastete Grundstück getheilt wird. Biermann 233 zu § 1025 a. E.; Planck 318 Anm. 3 Abs. 2 zu § 1025.

§ 1026. 1. Zur Abschreibung eines außerhalb des Ausübungsbereichs liegenden Theiles des Grundstücks bedarf es der Zustimmung des Dienstbarkeitsberechtigten nicht. Biermann 233 zu § 1026, KGJ. 24 A 118, OLG. Dresden, R. 01 353. Dabei ist es ohne Bedeutung, daß der Dienstbarkeitsberechtigte durch die Abschreibung unter Umständen bei der Zwangsversteigerung, wenn sich die Dienstbarkeit in einen Ersatzanspruch aus den Kaufgeldern umsetzt, geschädigt werden kann. Er kann auch nicht, wenn es bei der Zwangsversteigerung des ihm noch haftenden Theiles ausfällt, sich an den übrigen Theilen schadlos halten. KGJ. a. a. O.

2. Befindet sich die Anlage, die der Eigenthümer des belasteten Grundstücks nach § 1021 Abs. 1 Satz 1 § 1022 Satz 1 zu unterhalten hat, nur auf einem derjenigen Theile, in die das belastete Grundstück zerlegt ist, so liegt die Unterhaltungspflicht nur dem Eigenthümer dieses Theiles ob. Planck 319 Anm. 2 zu § 1026; Biermann 234 Abs. 2 zu § 1026.

§ 1027. 1. Die Aktivlegitimation zur Klage aus § 1027 besitzt nach einer Ansicht nur der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks, eventl. nach Analogie des § 1011 jeder Miteigenthümer. v. Seeler, Miteigenthum 59; Biermann 234 § 1027.

Etwas weiter gehen Planck 320 Anm. 2 zu § 1027, der den Anspruch auch dem Nießbraucher zugestehen will, ferner Turnau-Förster I 462 Anm. 2 zu § 1027, Oberneck 397, die neben dem Nießbraucher auch den Erbbauberechtigten zur Anstrengung der Klage aus § 1027 für berechtigt halten.

Dernburg 495 f. § 174, sowie Kuhlenbeck 722 wollen die Aktivlegitimation zur Klage aus § 1027 auch noch dem Grundstückspfandgläubiger, dem redlichen Eigenbesitzer, Pächter und Miether einräumen, während die oben Zitirten diese auf die §§ 1134, 1029 BGB., Biermann a. a. O. auch den Nießbraucher auf § 1065 BGB. verweisen wollen.

2. Mit der Klage aus § 1027 BGB. kann die Feststellungsklage zur Feststellung der Dienstbarkeit verbunden werden. Biermann 234 zu § 1027, während nach Dernburg 487 f. § 173 II, III zur Klage aus § 1027 das Vorhandensein der Erfordernisse der Feststellungsklage nöthig ist.

Cosack II 195 § 218 V 5a meint, daß der petitorische Rechtsschutz gegen Beeinträchtigung einer Grunddienstbarkeit dem des Eigenthums genau nachgebildet ist.

Oberneck 597 § 86 Ziff. 1 Abs. 5 ist der Ansicht, daß die Klage, soweit die Beeinträchtigung eine Vorenthaltung oder Entziehung des belasteten Grundstücks enthält, auch die Funktionen der actio confessoria enthält und auf Anerkennung der Grunddienstbarkeit durch Feststellungsklage abzielen kann.

§ 1028. 1. Die Anlage muß den servitutwidrigen Charakter an sich tragen, sie muß nicht etwa bloß geeignet sein, zeitweise in servitutwidriger Weise verwendet zu werden. Kohler, A.ciwPr. **87** 305; Biermann 235 Anm. 2a zu § 1028. Guter Glaube bei Anlegung der Anlage ist nicht erforderlich.

2. Wechsel im Grundstückseigenthum ist auf beiden Seiten ohne Einfluß. **Biermann** 235 Anm. 2b zu § 1028.

3. Ob der Absatz 2 des Paragraphen das Publizitätsprinzip des Paragraphen ist, ist streitig.

Planck 321 Anm. 4 zu § 1028 meint, daß der Erwerber des herrschenden Grundstücks sich nach § 892 BGB. auf die Eintragung der Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstücke würde verlassen können und dies durch den Abs. 2 des Paragraphen ausgeschlossen werde. Daher sei das Publizitätsprinzip des Grundbuchs hier durchbrochen. Ebenso Biermann 235 Anm. 3 zu § 1028; Fischer-Henle 507 Anm. 7 zu § 1028; Turnau-Förster I 463 Anm. 1c zu § 1028; vielleicht auch Neumann 674 Anm. 2 zu § 1028.

Dagegen ist Fuchs 299 Anm. 2c Abs. 2 zu §§ 1027—1029 der Ansicht, daß § 892 BGB. nur denjenigen schütze, der sich auf den Inhalt desjenigen Grundstücks verläßt, an dem er Rechte erwirbt. Daher könne § 892 so wie so hier gar keine Anwendung finden, der Abs. 2 des § 1028 sei daher völlig überflüssig und das Oeffentlichkeitsprinzip des Grundbuchs sei nicht durchbrochen.

4. Der Paragraph findet auch auf die z. Z. des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung (EG. z. BGB. Art. 184), nur können diese selbst nach der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nach Art. 189 Abs. 3 EG. z. BGB. in Verbindung mit Pr. ALR. I. 23 §§ 43 ff. auch ohne Verjährung durch wissentliche Duldung der Errichtung der beeinträchtigenden Anlage erlöschen, solange die Grunddienstbarkeit nicht eingetragen ist; vgl. EG. z. BGB. Art. 187, Turnau-Förster I 463, Anm. 3 zu § 1028.

Zweiter Titel.

Nießbrauch.

I. Nießbrauch an Sachen.

§ 1030. 1. Ein vererblicher oder veräußerlicher Nießbrauch kann vom 1. 1. 00 ab nicht mehr begründet werden. Maenner 214.

2. Spittel, R. **02** 552: Ist ein Nießbrauch an mehreren Grundstücken bestellt, so bilden die Nießbrauchsrechte an jedem einzelnen der belasteten Grundstücke jedes ein selbständiges Recht für sich. Es werden somit nicht mehrere Grundstücke mit einem, sondern jedes Grundstück mit je einem, von den anderen Belastungen völlig unabhängigen Rechte belastet. Eine Mitbelastung i. S. des § 49 GBO. liegt daher nicht vor, und es erübrigt sich sonach deren Eintragung im Grundbuche.

3. Gundlach, DJZ. **02** 505: Die Einleitung der Zwangsverwaltung ist auch beim Bestehen eines antichretischen Pfandrechts oder Nießbrauchsrechts durchaus zulässig, wenngleich die praktische Bedeutung der Zwangsverwaltung in diesem Falle nur gering sein wird. Der Verwalter hat dem Nießbraucher das Recht

auf Sicherheitsleistung geltend zu machen (§ 1051) oder auf Unterlassung eines unbefugten Gebrauchs zu klagen (§ 1053). Würde die Antichrese oder der Nießbrauch wegen Irrthums, Geschäftsunfähigkeit oder dergl. nachträglich sich als unwirksam herausstellen, so würde der Pfandgläubiger bzw. Nießbraucher die gezogenen Nutzungen an den Verwalter, nicht an den Eigenthümer herauszugeben haben.

§ 1031. Die von dem Eigenthümer des Nießbrauchsgrundstücks nach der Bestellung des Nießbrauchs in Gemäßheit des Uferrechts erworbene Flußinsel untersteht dem Nießbrauche nicht. Dernburg III (2) 543.

Der Nießbrauch an einem Grundstück ergreift auch das diesem nach der Nießbrauchsbestellung zugeschriebene Grundstück. Dernburg 543.

§ 1032. Wolff, Iherings J. **44** 197: Einräumung des Mitbesitzes ersetzt, ebenso wie beim Eigenthumserwerbe, die Uebergabe nicht. Sie reicht dort aus, wo der Nießbrauch an einer Eigenthumsquote begründet werden soll, mag diese die Quote eines Miteigenthümers sein (§ 1066) oder nicht. Sie genügt ferner nach positiver Gesetzesvorschrift für die Begründung an einem Inhaberpapiere oder einem mit Blankoindossament versehenen Orderpapiere (§ 1081 Abs. 2). Nur wenn die Werthpapiere zu den verbrauchbaren gehören, ist die Uebertragung des Alleinbesitzes nöthig (§ 1084, verbunden mit § 1067). Bei Zins-, Renten-, Gewinnantheilsscheinen, die zu jenen Papieren gehören, steht dem Nießbraucher das Recht auf ihren Alleinbesitz zu: damit wird nicht ausgeschlossen, daß zur Entstehung des Nießbrauchs auch die Einräumung des bloßen Mitbesitzes daran genügt.

§ 1037. Abs. 1. Der Nießbraucher an einem Patentrechte darf nicht die Nichtigkeitsklage aus § 10 des Patentgesetzes (§ 6 des Gebrauchsmusterschutzgesetzes) anstellen. Hermann, Nießbrauch und Pfandrecht an einem Patentrechte 45.

Er darf selbständig ein Patent für eine Erfindung nehmen, die sich als Verbesserung der Erfindung darstellt, die dem Nießbrauchpatente zu Grunde liegt. A. a. O. 47.

§ 1038. Ein Wald ist nicht schon jede mit Bäumen bestandene Fläche, sondern nur eine solche, die eine forstmäßige Behandlung erfordert oder wenigstens gestattet. Biermann, § 1038.

§ 1039. OLG. Darmstadt, R. **01** 410: Bei einem vor dem 1. 1. 00 wirksam gewordenen Nießbrauche bestimmt sich die Verpflichtung zur Kautionsleistung nach den bisherigen Bestimmungen.

§§ 1045, 1046. Gierke, Der Versicherungsvertrag beim Nießbrauch im BGB., Iherings J. **40** 341—450, gelangt nach einem Ueberblick über die von dem BGB. vertretenen Ansichten (342—354) sowie nach einer Darstellung der durch den Entwurf des BGB. getroffenen Regelung (354—356) auf Grund eingehender Erörterung zu dem Ergebnisse (449 f.):

a) Der Nießbraucher ist zu einer Versicherungsnahme hinsichtlich einer Sache, welche die erforderliche juristische und wirthschaftliche Qualifikation besitzt, verpflichtet. Die Kosten der Versicherung fallen ihm zur Last, doch braucht er nicht die Haftung für die Prämien zu übernehmen, sondern kann in dieser Hinsicht den Eigenthümer als dessen Stellvertreter verpflichten.

b) Der Inhalt des Versicherungsvertrags, den der Nießbraucher abschließt, soll sich darstellen als Verpflichtung zum Einstehen für einen Werth, der gleich dem Sachwerth ist. Dieser Werth setzt sich aus verschiedenen Werthen, den Interessen der verschiedensten Personen, zusammen. Die Versicherungsforderung steht in ihrem ganzen Umfange dem Eigenthümer zu. Der Nießbraucher berechtigt ihn in der Regel als sein direkter Stellvertreter.

c) Der Nießbrauch erstreckt sich auf die Versicherungsforderung des Eigenthümers, die hinsichtlich einer Sache besteht, welche die erforderliche juristische und wirthschaftliche Qualifikation für die Versicherungspflichten des Nießbrauchers besitzt.

§ 1045. Abs. 1. Satz 1. Gierke a. a. O.: a) Objekt der Versicherung. Der Nießbraucher ist nach dem BGB. nur zu einer Sachversicherung verpflichtet, d. h. zu einer solchen, bei der der Schaden in der völligen oder theilweisen wirthschaftlichen Werthvernichtung einer körperlichen oder unkörperlichen Sache besteht (357).

b) Die Versicherung gegen eine bestimmte Gefahr muß einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entsprechen. Unter die Gefahren, welche für die Versicherungspflicht des Nießbrauchers in Betracht kommen, fallen auch diejenigen, welche nur einen gewissen Theil der Nießbrauchzeit obwalten werden, da aus den Worten des § 1045 „für die Dauer des Nießbrauchs" nicht zu folgern ist, daß die Gefahr die Gewähr der Dauer für die Zeit des Nießbrauchs haben muß (361).

c) Zu versichern ist die Sache, d. h. der volle Sachwerth, nicht nur das Eigenthumsinteresse deducto usu fructu und auch nicht nur das Nießbrauchsinteresse. Neumann, Handausgabe Ziff. 2 zu § 1045. Ebenso Gierke 368 f., 377 ff.

d) Da der Nießbraucher die Sache auf seine Kosten unter Versicherung zu bringen hat, muß er nicht nur die erste Prämie, von deren Zahlung die Haftung des Versicherers abhängt (365), sondern auch die ferneren laufenden Prämien zahlen. Dies ergiebt sich auch daraus, daß der Nießbraucher, da er nach § 1046 auch Nießbraucher der von ihm kreirten Versicherungsforderung ist, nach § 1041 zur wirthschaftlichen Instandhaltung dieser Forderung auf seine Kosten verpflichtet ist (367 f.).

e) Zwar muß der Nießbraucher diese Prämien zahlen, aber er ist nicht verpflichtet, die Haftung für die Prämienschuld zu übernehmen (390—394).

Satz 2. a) Da nach Satz 2 Abs. 1 die Versicherung so zu nehmen ist, daß die Forderung aus dem Versicherungsvertrage dem Eigenthümer zusteht, muß der Versicherungsvertrag als Vertrag auf Leistung an Dritte geschlossen sein. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 553; ebenso Dernburg 549 § 188 Anm. 8. Gegen Hellwig wendet sich Gierke 395 ff., der annimmt, daß der Nießbraucher in der Regel als direkter Stellvertreter des Eigenthümers versichere. Aus § 1045 könne eine Verpflichtung des Nießbrauchers, einen Vertrag zu Gunsten des Eigenthümers einzugehen, nicht entnommen werden (402 Anm. 48c und 48d). Hiergegen Biermann, Sachenrecht (2) 246: den Eigenthümer durch den Versicherungsvertrag zu verpflichten, ist der Nießbraucher nicht berechtigt, er soll selber Versicherungsnehmer sein. Andererseits ist ein Vertragsschluß, bei welchem der Nießbraucher nach der Seite der Berechtigung Vertreter, nach derjenigen der Verpflichtung Selbstkontrahent ist, kaum denkbar.

b) Unter „Versicherungsforderung" ist die aus dem Versicherungsvertrage sofort entspringende, bedingte Versicherungsforderung zu verstehen, wie aus § 1046 Abs. 2 hervorgeht, da sonst der Zusatz „Tritt ein unter die Versicherung fallender Schaden ein" völlig überflüssig wäre. Gierke 400; a. M. Hellwig a. a. O. 570 Anm. 159, der hierunter die Forderung auf Leistung der Entschädigung verstehen will.

Abs. 2. Läuft während der Dauer des Nießbrauchs der frühere Versicherungsvertrag ab, so muß der Nießbraucher einen neuen Versicherungsvertrag abschließen, unabhängig von dem früheren, er muß eine Versicherungsforderung kreiren, deren Werth gleich dem Sachwerth ist, auch wenn der Werth der alten Versicherungsforderung geringer war. In einem solchen Falle nämlich hört die

Sache auf „bereits versichert" zu sein und § 1045 Abs. 1 ist in Folge dessen anzuwenden (364—367).

§ 1046. Analog ist dem Nießbraucher an einem Patentrechte der Nießbrauch an der für die Enteignung aus § 5 Abs. 2 des Patentgesetzes gezahlten Entschädigung für die Zeit des Patentnießbrauchs zuzubilligen. Hermann a. a. O. 28.

Abs. 1. Gierke a. a. O. 404: Mit dem Nießbrauch an der Versicherungsforderung entsteht kein neuer Nießbrauch, der von dem Nießbrauch an der Sache verschieden wäre. Sonst bedürfte es einer besonderen Bestellung des Nießbrauchs an der Versicherungsforderung, also eines Vertrags zwischen Eigenthümer und Nießbraucher. Der Nießbrauch an der Sache erstreckt sich vielmehr auf die Versicherungsforderung, er ergreift die letztere ipso iure als eine Art Anhängsel der Sache.

Infolge der Erstreckung des Nießbrauchs auf die Versicherungsforderung zeigt sich diese vom rechtlichen Standpunkt aus als eine verdinglichte Forderung, vom wirthschaftlichen als Surrogat der versicherten Sache (433/434).

Dieses dem Nießbraucher durch § 1046 gewährte dingliche Recht kann durch die Versicherungsbedingungen, z. B. dadurch beschränkt werden, daß Zahlung lediglich an den Eigenthümer zu leisten ist. In Folge dessen entbehrt der Nießbrauch insoweit seiner Wirkung, im Uebrigen bleibt sie bestehen (444/445).

Der Nießbrauch erstreckt sich auch auf eine Versicherungsforderung, die einem Vertrag entspringt, welcher mit einer öffentlichen Versicherungsanstalt eingegangen ist, denn auch eine solche Versicherungsforderung ist ihrem wahren Kerne nach eine privatrechtliche Forderung, die durchaus dem BGB. unterliegt (445).

Abs. 2. Ueber die Wirkungen des Nießbrauchs an der Versicherungsforderung siehe Näheres bei Gierke a. a. O., gegenüber dem Versicherer (404 bis 409), gegenüber dem Eigenthümer (410—413), sowie über die verschiedenen Möglichkeiten, die sich ergeben nach Zahlung der Versicherungsgelder an den Eigenthümer und Nießbraucher gemeinschaftlich (414 ff.).

§ 1047. Dernburg III 551 § 188: Die Verpflichtung des Nießbrauchers, die privatrechtlichen Lasten zu tragen, erstreckt sich nicht auf Amortisationszuschläge, auch auf diejenigen nicht, welche als auf den Stammwerth der Sache gelegt anzusehen sind, zur Zahlung des Hypotheken- oder Grundschuldkapitals ist der Nießbraucher nicht verpflichtet. Auch für Zinserhöhungen, die auf Grund des § 1119 nach der Zeit der Bestellung des Nießbrauchs vorgenommen werden, wird der Nießbraucher nicht aufzukommen brauchen. A. M. Biermann § 1047b; so auch Planck § 1047 Ziff. 26 β; Maenner 239.

Die Zinsen einer zwecks Kautionsbestellung eingeräumten Ultimathypothek braucht der Nießbraucher erst dann zu berichtigen, wenn die Hypothek in eine feste und verzinsliche umgewandelt worden ist. Dernburg 551.

Die Zinsen einer Eigenthümerhypothek sind vom Nießbraucher zu zahlen (§ 551 Anm. 15). Ebenso Biermann.

Als privatrechtliche Last, welche auf beweglichen Sachen ruht, würde entsprechend der Hypothekenverzinsung die Verzinsung der durch das Schiffspfandrecht gesicherten Forderung (§§ 1261 ff.) durch den Nießbraucher des Schiffes zu bewirken sein. Neumann, Handausg. Ziff. 5 zu § 1047.

§ 1049. Der Nießbraucher kann sein Wegnahmerecht auch nach Rückgabe der Sache ausüben, soweit er nicht ausdrücklich oder stillschweigend durch die Rückgabe darauf verzichtet hat. Dernburg § 189 Anm. 8 (557).

§ 1051. Sicherheitsleistung bei einem vor dem 1. 1. 00 entstandenen Nießbrauch; s. o. Ziff. 2 zu § 1039.

§ 1054. Die Entziehung der Ausübung des Nießbrauchs und die Einsetzung eines Verwalters ist weder eintragungsbedürftig noch eintragungsfähig. Fuchs, Grundbuchrecht 312.

Im Falle des § 1054 kann die Anordnung der Verwaltung durch Sicherheitsleistung weder abgewendet noch beseitigt werden. Buhl 101 Anm. 7. Ebenso Biermann zu § 1054. A. M. Kipp-Windscheid 925.

§ 1055 Abs. 2 ist nachgiebiges Recht. Müller, Seuff. Bl. 66 22.

§ 1058. 1. Eine Modifikation des § 892 tritt durch den § 1058 nicht ein. Die Frage, ob durch die Bestellung ein wahrer Nießbrauch erworben wird, bemißt sich nach § 892, nicht nach § 1058. Fuchs, Grundbuchrecht 314.

2. Hellwig, R. 02 64: § 1058 verleiht der Prozeßführung des Bestellers eines Nießbrauchs oder Pfandrechts zwar nicht ausdrücklich Wirksamkeit gegenüber dem Eigenthümer, aber es ist zweifellos, daß die Fiktion sich auch auf die Prozeßführung bezieht.

§ 1059. 1. Die Ueberlassung der Ausübung des Nießbrauchs ist als obligatorisches Geschäft nicht eintragungsfähig. Fuchs, Grundbuchrecht 315 Ziff. 4.

2. OLG. 1 19 (Bamberg): Der Anspruch auf Bestellung eines legirten Nießbrauchs ist im Wege der §§ 829, 835, 851 Abs. 1, 857 Abs. 1 CPO. pfändbar; damit der Gläubiger die Bestellung des Nießbrauchs betreiben kann, um sodann das Ausübungsrecht zu pfänden.

§ 1061. Satz 2. Dernburg III § 185 (541): Privatkorporationen sowie Aktiengesellschaften, offene Handelsgesellschaften und ähnliche Verbindungen gelten trotz ihrer Auflösung bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend, so daß ein zu ihren Gunsten bestellter Nießbrauch erst mit deren Beendigung erlischt. Ebenso Biermann § 1061 sub b; dagegen Planck Ziff. 3 zu § 1061.

§ 1065. Die Rechtsvermuthung des § 1006 wirkt auch zu Gunsten des Nießbrauchbesitzers. Gierke, Fahrnißbesitz 33.

§ 1067. 1. Auch an nicht verbrauchbaren Sachen kann ein dem uneigentlichen Nießbrauch entsprechendes Verhältniß durch Parteivereinbarung geschaffen werden. Dernburg a. a. O. 534 § 191 III.

2. Sicherheitsleistung bei einem vor dem 1. 1. 00 entstandenen Nießbrauch; s. oben § 1039 Ziff. 2.

II. Nießbrauch an Rechten.

§ 1068. 1. Der Nießbrauch am Rechte ist ein wahres dingliches Recht. Fuchs, Grundbuchrecht.

2. Der Nießbraucher einer Aktie wird nicht Eigenthümer der Aktie, das Stimmrecht steht dem Eigenthümer der Aktie zu. Zur Einzahlung der auf die Aktie zu machenden Einlagen ist der Nießbraucher nicht gehalten. Das Bezugsrecht steht ihm nicht zu, da es sich nicht um eine Frucht handelt. Umgekehrt liegt in der Bestellung des Nießbrauches nicht die Uebernahme der Verpflichtung gegenüber dem Nießbraucher, die restirenden Einzahlungen auf die Aktie vorzunehmen oder Bezugsrechte auszuüben. Dem Nießbraucher gebühren nicht bloß Dividenden, sondern auch Bauzinsen, Rechte auf Benutzung von Gesellschaftsanstalten. Bei amortisablen Aktien ist der Nießbraucher nicht gehalten, zum Schutze der Eigenthümer Versicherung gegen Kursverlust zu nehmen. Lehmann, Goldschmidts Z. 51 402 ff.

3. Meili, Holdheims MSchr. 00 4: Bei einem Nießbrauch an Forderungen, Aktien, Obligationen liegt kein dingliches Recht des Usufruktuars vor, sondern ein Recht obligatorischer Art: ein Recht an einem Rechte. Bei Aktien und Obligationen des modernen Lebens, zumal wenn sie Inhaberpapiere sind,

läßt sich immerhin sagen, es handle sich um einen wahren Nießbrauch an einer Sache und der Usufruktuar habe die possessorischen Rechtsmittel.

Der Nießbraucher einer Forderung hat eine ähnliche Stellung wie ein Cessionar.

Der Nutznießer einer Aktie hat ein Recht auf den Bezug neuer Aktien bei Neu-Emission der Aktiengesellschaft. Die Neu-Emission der Aktien ist das Ergebniß eines wirthschaftlich günstigen Erfolges der Aktiengesellschaft und die Vorzugsberechtigung der Aktionäre auf die Zeichnung der neuen Aktientitel erscheint als die civile Frucht einer längeren Geschäftsperiode.

§ 1069. 1. Sind die Nutzungen eines unübertragbaren Rechtes übertragbar, so kann ein Nießbrauch an diesen Nutzungen bestellt werden. Dernburg 536 § 191 Abs. 2.

2. Strohal, R. 01 159: Zur Bestellung des Nießbrauchs an einem Sparkassenkapitale genügt der auf Nießbrauchübertragung gerichtete formlose Vertrag; Uebergabe des Sparkassenbuchs ist nicht erforderlich, wohl aber kann der Nießbraucher auf Grund seines bereits erworbenen Forderungsnießbrauchs die Auslieferung des Sparkassenbuchs verlangen.

§ 1071. 1. Der § 1071 bestimmt, wie das belastete Recht dinglich aufgehoben wird; die §§ 1070 und 407 bestimmen, wann der Nießbraucher ein das Recht aufhebendes Rechtsgeschäft zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten ope exceptionis gegen sich gelten lassen muß (Titel zur Aufhebung). Fuchs, Grundbuchrecht 324.

2. Die Vorschrift, daß die Zustimmungserklärung demjenigen gegenüber abzugeben ist, zu dessen Gunsten sie erfolgt, ist dahin aufzufassen, daß im Zweifel der Empfänger der Zustimmungserklärung auch derjenige ist, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Ebbecke, Grundsätze 44.

§ 1073. Nach Hermann, Nießbrauch am Patentrecht 17 fallen unter den Begriff des „ähnlichen Rechtes" im § 1073 nur höchstpersönliche Rechte, die Beratungen der zweiten Kommission führten dagegen als solche Rechte auch das Urheberrecht und Patentrecht an. Nach Planck zu § 1073 (III 384) dürfte zweifellos sein, daß der Nießbraucher eines derartigen Rechtes alle Erträge bezieht, welche die Ausübung der Rechte oder die Ueberlassung der Ausübung an Andere während der Dauer des Nießbrauchs gewährt, so z. B. die für die Gestattung der Ausübung eines Patents für die betreffende Zeit zu zahlende Vergütung.

§ 1074. Der Schuldner ist befugt, mit einer Forderung gegen den Nießbraucher aufzurechnen. Dernburg § 192, II A 1 gegen die Motive III 545 und Planck § 1074 Ziff. 1c.

§ 1075. Der Nießbrauch entsteht ohne Eintragung. Maenner 225.

§ 1076. Die Zinsen können nach Dernburg § 193 II A 2a, Biermann, Motive III 551 auch gesetzliche sein. Dagegen Planck.

§§ 1079, 1083. Pilch, Nießbrauch an Inhaberpapieren mit Prämien nach dem BGB., meint, daß der Nießbraucher eines Inhaberpapiers, wenn ihm der Eigenthümer den alleinigen Besitz überlassen habe, nicht verpflichtet sei, das eingezogene Kapital anderweit anzulegen, sondern berechtigt sei, es als verbrauchbare Sache nach § 1067 in Nießbrauch zu nehmen, solange ihn der Eigenthümer daran nicht hindere (44).

§ 1081. Pilch a. a. O. 20: Der Nießbraucher werde nicht sofort Eigenthümer der in seinen Besitz gelangenden Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheine, sondern erlange Eigenthum daran erst bei Fälligkeit nach Maßgabe der Regeln über den Fruchterwerb.

Wegen Abs. 2 vgl. oben § 1032.

§ 1083. Bildet eine Aktie den Gegenstand des Nießbrauchsrechts, so ist der Eigenthümer dieser Aktie lediglich der Gesellschaft gegenüber, nicht aber gegenüber dem Nießbraucher zur Volleinzahlung verpflichtet. Der Nießbraucher kann für die von ihm geleistete Einzahlung Ersatz gemäß § 1049 verlangen. Dernburg § 194 Abs. 5.

III. Nießbrauch an einem Vermögen.

§ 1085. Der Nießbrauch am Vermögen ist etwas Anderes als der an der Summe aller einzelnen das Vermögen bildenden Gegenstände. Die Qualifikation des Nießbrauchs als Vermögensnießbrauch ist eintragungsfähig, wenngleich es einer solchen nicht bedürfen wird, weil der Nießbraucher nicht über das Grundstück oder das ihm vernießbrauchte Recht verfügen kann, Vorschriften zu Gunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, also nicht in Frage kommen können. Fuchs a. a. O. 334e.

Der Nießbraucher eines Vermögens haftet nicht etwa für die auf dem Vermögen lastenden Schulden, sondern muß sich nur die Zwangsvollstreckung in dieses Vermögen gefallen lassen. Binder, Rechtliche Stellung des Erben, 16.

§ 1086. Die Zwangsvollstreckung in den Ersatzanspruch kann nur stattfinden, wenn die Forderung des Gläubigers gegen den Besteller und die Verpflichtung des Nießbrauchers, den Werthersatz in Höhe der Forderung sofort zu leisten, gegen den Nießbraucher durch vollstreckbaren Titel festgestellt sind. Maenner 240.

Dritter Titel.
Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

§ 1092. 1. Die Eintragung einer Vereinbarung oder Gestattung wegen Ueberlassung der Ausübung beschränkter persönlicher Dienstbarkeit durch Dritte ist unzulässig, vgl. Fuchs, Planck zu § 1092.

2. Die Begründung einer persönlichen Dienstbarkeit kann auch für eine Gemeinde oder für eine sonstige juristische Person zu Gunsten ihrer Mitglieder erfolgen; z. B. kann zu Gunsten einer Gemeinde und damit zu Gunsten der Gemeindeangehörigen, sowie des Publiknms überhaupt die Benutzung eines Weges, eines Parkes, einer Wasserleitung u. s. w. eingeräumt werden, nur muß das durch die Dienstbarkeit zu befriedigende Bedürfniß konkret begrenzt sein. Wenn solche Gemeinde-Servituten auch individuellen Bedürfnissen der Gemeindeglieder dienen, so ist damit aber nicht dem einzelnen Gemeindegliede die Aktivlegitimation zur klageweisen Geltendmachung der servitutischen Rechte zugestanden; das einzelne Mitglied der Gemeinde ist nicht ohne Weiteres als deren Vertreter anzusehen. Vgl. **RG. 44** 145; Seuff. A. **41** Nr. 173.

3. Die Unvererblichkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit hindert nicht, für die künftigen Erben eine solche unter der Bedingung des Todes des Erblassers zu begründen. So Dernburg III § 197 Anm. 2 250; Biermann 280 Anm. 1 zu § 1090.

§ 1093. 1. Es ist zweifelhaft, ob § 1058 auf das Wohnungsrecht Anwendung findet. Die Frage wird bejaht von Hellwig, Rechtskraft 427 ff. und Biermann 282 Anm. 2; a. A. Planck III 413 Anm. 2 zu § 1093.

2. Der Unterschied zwischen dem obligatorischen „nicht eintragungsfähigen Miethsrecht und dem dinglichen eintragungsbedürftigen Wohnungsrechte" wird von Fuchs I 35 ff. fast als gegenstandslos bezeichnet, weil beide Rechtsinstitute im Wesentlichen gleich seien. Das **RG.** hat aber die scharfe Sonderung beider ausgesprochen. Auf diesem Standpunkte steht auch das Kammergericht. Vgl. **RG. 54** 233 Nr. 64; KGJ. **24** A 121 Nr. 34; OLG. **2** 120 (KG.).

Sechster Abschnitt.

Vorkaufsrecht.

Literatur: Immerwahr, Das dingliche Vorkaufsrecht des BGB, Iherings J. **40** 279 ff.

§ 1094. 1. Das dingliche Vorkaufsrecht kann subjektiv persönlich oder subjektiv dinglich sein. Ist es subjektiv persönlich, so ist es mangels besonderer, der Eintragung oder Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung unterliegender Vereinbarung weder vererblich noch übertragbar und kann somit nicht Gegenstand eines Nießbrauchs- oder Pfandrechts sein. Nur wenn es auf bestimmte Zeit beschränkt ist (§ 514 BGB.), so ist es im Zweifel vererblich. So Biermann 283 Anm. 1; Maenner 260; Dernburg II 2 94 § 197; Fuchs I 356 Anm. 3; Cosack III 317 § 248; a. A. Immerwahr 259 ff., der ein nicht auf bestimmte Zeit beschränktes Vorkaufsrecht als unübertragbar und unvererblich ansieht und eine abweichende Bestimmung hiervon für nichtig erachtet.

2. Ob die Einräumung des Vorkaufsrechts der Formvorschrift des § 313 unterliegt, ist zweifelhaft und sehr bestritten. Die Frage wird verneint von Turnau-Förster I 516, 517; Oberneck 429 § 100 Anm. 3 und DNotVZ. **1** 35; Kretzschmar II 351, 352; Thiele, DNotVZ. **2** 318; Kuhlenbeck, JW. **01** 392; a. A. OLG. **1** 293 (Jena); OLG. **2** 73 (KG.); Dernburg II § 196 Nr. I 2; Fuchs I Anm. 3 Ia zu § 1094; Planck, Vorbem. zu § 504 Nr. 2, 4; Biermann 283 Anm. 2, Widerspruch u. Vormerkung 133; Rehbein II 161 Anm. 14; Tochtermann, Beiträge zur Erläuterung des § 313, 15 ff.; Goldmann-Lilienthal I 522 Anm. 3; Neumann Anm. I 1b zu § 504; Immerwahr 295. (Näheres s. o. Note I 11 zu § 313).

Bei Annahme des Verbriefungszwanges nach § 313 entsteht der weitere Zweifel, ob die unzureichende Form des obligatorischen Vertrags über die auf Grund der dinglichen Einigung erfolgte Eintragung des Vorkaufsrechts im Grundbuche geheilt wird. Dies wird in Analogie des Satz 2 § 313 unter der Voraussetzung, daß die Einigung bindend geworden ist, von Biermann, Fuchs, Immerwahr und Planck a. a. O. bejaht.

3. Streit herrscht über die Frage, ob bei Belastung eines realen Theiles eines Grundstücks mit einem Vorkaufsrecht, jener durch Abschreibung und Buchung verselbständigt werden muß. Planck, Anm. 3 zu § 1095 nimmt an, daß die Abzweigung nicht erforderlich ist, wenn in Folge der Belastung des Theiles mit dem Vorkaufsrechte, Verwirrung nicht zu besorgen ist. Dagegen steht die herrschende Ansicht auf dem Standpunkte, daß der Satz 2 § 6 GBO. keine Anwendung zu finden hat und die Abtrennung der Parzelle vom Stammgrundstück und deren Buchung als selbständiges Grundstück erforderlich ist.

Nach der Ansicht des OLG. Dresden, KGJ. **22** D 25 darf das Grundstück auch in der Weise mit einem Vorkaufsrechte belastet werden, daß das ganze Grundstück haftet, die Ausübung des Vorkaufsrechts aber nur auf bestimmte Grundstückstheile beschränkt bleibt. Dieser Auffassung sind beigetreten: Kretzschmar II 352; Biermann 284 Anm. zu § 1095.

4. Wenn das Vorkaufsrecht für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt wird, so ist die Eintragung dieser dinglichen Einigung erforderlich. Zweifelhaft ist, ob es nach der allgemeinen Regel des § 874 BGB. genügt, auf die Eintragungsbewilligung Bezug zu nehmen oder, ob der Eintragungsvermerk diese Vereinbarung mit enthalten muß. Planck, Fuchs, Biermann fordern zu § 1097 den Grundbuchvermerk selbst; Kretzschmar II 354 hält die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung für genügend.

5. Nach §§ 511, 1098 BGB. erstreckt sich das Vorkaufsrecht im Zweifel nicht auf einen Verkauf, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen

gesetzlichen Erben erfolgt. Die herrschende Meinung (Planck II 420 Anm. 2h; Oberneck 430; Maenner 250 Anm. 5; Fischer-Henle und Neumann zu § 1097 und Staudinger-Kober (1) zu § 1097 Anm. 1a; Prot. II 101, 104) nimmt an, daß mit dem Verkaufe des mit dem Vorkaufsrechte belasteten Grundstücks an den gesetzlichen Erben das Vorkaufsrecht endigt und im Wege der Grundbuchberichtigung zu löschen ist; a. A. Biermann, Anm. 1 zu § 1097; Fuchs I 350 Anm. 2, welche annehmen, daß der Vorkaufsberechtigte sein Recht noch bei einem Verkauf durch den Erben ausüben kann und zwar deswegen, weil der sogenannte Kindskauf eine antizipirte Erbfolge darstelle und die entgegengesetzte Meinung den Vorkaufspflichtigen in den Stand setzen würde, das Vorkaufsrecht, das sonst noch gegen seinen Erben ausgeübt werden könnte, eben durch die Vorwegnahme des Erbganges zu beseitigen.

§ 1098. 1. Die Vorausbestimmung des Preises beim Vorkaufsrechte wirkt nicht dinglich und ist deshalb auch nicht eintragungsfähig. Denn wenn nach §§ 505², 1098² mit der Ausübung des Vorkaufsrechts der Kauf zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten zu Stande kommt unter den Bedingungen, die der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat, so enthält die Vereinbarung eines festen Preises für den Vorkauf eine vom gesetzlichen Inhalte des Vorkaufrechts abweichende Bestimmung, der die dingliche Wirkung zu versagen ist. So OLG. **4** 69 (Dresden).

2. Streitig ist die Wirkung des Vorkaufsrechts gegen Dritte in der Beziehung, ob das mit der Wirkung einer Eigenthumsübertragungs-Vormerkung ausgestattete Vorkaufsrecht schon mit dem Zeitpunkte seiner Eintragung gegenüber begrenzten Rechten an dem Grundstücke wirksam ist oder erst mit dem Zeitpunkte der Ausübung. Biermann nimmt an, daß die Wirkung schon mit dem Zeitpunkte der Eintragung eintritt. Wenn der Dritte die hinter dem Vorkaufsrecht eingetragenen Lasten übernehme und dementsprechend den Kaufpreis niedriger bemesse, so müßte der Vorkaufsberechtigte, wenn er die Löschung der Lasten verlangt, den Kaufpreis verhältnißmäßig erhöhen, wenn er aber dies nicht wollte, so müßte er die nachstehenden begrenzten Rechte bestehen lassen. Dagegen nehmen Dernburg II 2 § 197 (96), Turnau-Förster, Vorb. 3 vor § 1094 und Bemerk. III zu § 1098, Planck, Anm. 3b zu § 1098, Lehmann § 86 Anm. 3 (244) an, daß vor dem Eintritte des Vorkaufsfalls das Vorkaufsrecht begrenzten Rechten am Grundstücke gegenüber nicht die Wirkung der Vormerkung hat. Gegen letztere Ansicht vgl. auch noch Immerwahr 327 ff., Fuchs I 353 Anm. 4b.

§§ 1100—1102. Zweifelhaft ist es, ob auf den Anspruch des dritten Erwerbers auf Erstattung von Verwendungen und die Haftung desselben für Erhaltung und Verwahrung des Grundstücks diejenigen Vorschriften Anwendung finden, welche für das Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Besitzer gelten, jedoch mit der Maßgabe, daß an Stelle des Zeitpunkts, in welchem der Eigenthumsanspruch rechtshängig geworden ist, der Zeitpunkt tritt, in welchem die Ausübung des Vorkaufsrechts gegenüber dem Dritten erklärt ist. Planck, Anm. 4 und Neumann, Anm. 4 zu § 1100, sowie Immerwahr 337 nehmen an, daß die Vorschriften des § 292 Anwendung finden. A. A. Biermann 289a und Turnau-Förster, Anm. zu § 1100, welche annehmen, daß der Dritte, wegen etwaiger Verwendung in das Grundstück nur beim Vorliegen eines besonderen Rechtsgrundes, z. B. beim Vorliegen der Voraussetzungen der ungerechtfertigten Bereicherung, in Anspruch genommen werden kann (vgl. Prot. III 760). Hat der im Eigenthum und im Besitze befindliche Dritte Hypothekenzinsen, die im Voraus zu bezahlen waren, entrichtet, so hat er, falls er innerhalb der Zinsperiode Eigenthum und Besitz auf den Berechtigten (übertragen muß, verhältnißmäßigen Ersatz vom Berechtigten zu beanspruchen §§ 103, 812 ff.).

Siebenter Abschnitt.

Reallasten.

§ 1105. 1. Reallasten sind nach dem BGB. obligatorische Ansprüche auf Leistungen, wie sie die Bewirthschaftung eines Grundstücks regelmäßig gewährt, gegen dessen jedesmaligen Eigenthümer, geschützt durch ein für den Fall der Nichtleistung bestehendes Zwangsvollstreckungsrecht in das Grundstück. Enneccerus-Lehmann 136.

Nach Cosack II 274 sind Reallasten, die auf willkürliches Verlangen des Gläubigers durch Kapitalzahlung abzulösen sind, unzulässig.

Dernburg III § 209 Nr. 4: Die Klage auf Feststellung der Reallast nach Inhalt und Umfang ist zulässig.

2. Die Leistungen können in einem Geben oder einem Thun bestehen, eine Verbindung dieser Leistungsarten ist zulässig (RJA. 2 195 [KG.]); dagegen ist es unzulässig, zum Gegenstande derselben eine Unterlassung des jeweiligen Eigenthümers des belasteten Grundstücks oder eine einmalige Leistung aus demselben zu machen. Diese Ansicht ist die herrschende und auch von der Praxis bisher festgehalten. Deshalb ist die Verpflichtung, auf einem Grundstück innerhalb bestimmter Frist ein näher beschriebenes Wohnhaus zu erbauen, eventl. für jedes Jahr der Zögerung eine bestimmte Summe zu zahlen, nicht als Reallast angesehen worden. Seuff. A. **56** 177 ff. (KG.).

Auch die Verpflichtung, ein in den Luftraum des Nachbargrundstücks hineinragendes Gesims auf Verlangen des jeweiligen Eigenthümers des Nachbargrundstücks bis zur Grenze beseitigen zu lassen, ist vom Kammergericht nicht für eintragungsfähig erachtet worden. KGJ. **20** A 91; zustimmend Dernburg III § 199 Nr. V; Maenner 270; Turnau-Förster I 531 Anm. 3; Fuchs I 363 Anm. 5a; Biermann Anm. zu § 1105; Cosack § 241 Ziff. I 5 281; a. A. Planck III 429 ff. Anm. 2b.

3. **RG. JW. 01** 293; Gruchots Beitr. **46** 131: Das Recht, aus den Erträgen eines Grundstücks beköstigt zu werden, ist als Reallast eintragbar.

4. Eccius führt Gruchots Beitr. **45** 737 aus: Das im Leibgedingevertrage begründete Recht, die Gewährung einer bestimmten Wohnung und die Gewährung einer bestimmten Landnutzung zu verlangen, hat Reallastcharakter; es kann deshalb auch die Eintragung auf allen von dem Altsitzer veräußerten Grundstücken gefordert werden, nicht bloß auf dem der Benutzung unterliegenden. Daß im Leibzuchtvertrage ein solches Recht nur als Dienstbarkeit eingeräumt werde, ist in Preußen nach § 5 des Art. 15 Pr. AG. nicht zu vermuthen. Das Recht auf Gewährung einer einmaligen Leistung — Ausstattung, Beerdigung — kann auch als Theil der Ausgedingsleistung nicht mehr als ein von dem jedesmaligen Eigenthümer des veräußerten Grundstücks zu erfüllendes Recht (Reallast) begründet werden, da jetzt der Begriff der Reallast auf wiederkehrende Leistungen beschränkt ist. Dinglich sichergestellt können solche Pflichten des Grundstückserwerbers nur durch Maximalhypothek werden.

5. Das Kammergericht KGJ. **21** A 312, OLG. **2** 495 erachtet die Belastung eines Grundstücks in der Weise, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte jährliche Geldrente während einer gewissen Reihe von Jahren aus dem Grundstück als Reallast zu entrichten ist, in Preußen auch dann für zulässig, wenn die Rente der Verzinsung und Tilgung eines dem Grundstückseigenthümer gegebenen Darlehens dient. Innerhalb des durch § 1105 BGB. für den Reallastbegriff gezogenen Rahmens entscheidet die Landesgesetzgebung über die Zulässigkeit und die Beschränkung sowie über das Maß und den Inhalt der Reallasten (Art. 115 EG. z. BGB., vgl. Mot. III 579). In

Preußen ist das Ablösungsgesetz v. 2. 3. 50 maßgebend, welches die Begründung einer Reallast auf Zeit nicht ausschließt. Es gestattet nur die Auferlegung fester Geldrenten ohne zeitliche Begrenzung unter der für die Ablösbarkeit im § 91 Abs. 3 vorgeschriebenen Schranke. Aus dem Wesen der Reallast ist nichts gegen die Zeitrente zu folgern.

Das Kammergericht hat ferner angenommen, daß das einem Anderen eingeräumte Vormiethungsrecht an den auf dem Grundbesitze zu erbauenden Häusern als Reallast aufgefaßt werden könne. Denn dem sogenannten Vormiethungsrecht entspricht auf der passiven Seite unmittelbar nicht sowohl die Verpflichtung, mit dem Berechtigten einen Miethvertrag abzuschließen — dabei würde es sich allerdings um eine rein persönliche Verpflichtung handeln — als vielmehr die Verpflichtung des jeweiligen Eigenthümers, in jedem Falle eines abzuschließenden Miethvertrags in seinem Gebäude vorher dem Berechtigten Anzeige zu machen, und ihm so den Eintritt seinerseits zu ermöglichen. Diese Verpflichtung kann auf das Grundstück dergestalt gelegt werden, daß sie auf der aktiven Seite ein dauerndes Recht auf wiederkehrende, sich auf die Nutzung eines Grundstücks beziehende Leistungen, nämlich auf die Anzeige und Offerte des Miethvertrags darstellt, bei dem der jeweilige Eigenthümer zugleich der persönlich Verpflichtete für die während der Zeit seines Eigenthums vorkommenden Vermiethungsfälle ist. Dieses Recht hat auch einen Geldwerth für den Begünstigten, und es kann im Falle der Zwangsversteigerung kapitalisirt werden. OLG. 7 35 ff. (KG.).

6. Zweifel bestehen über den Inhalt der Eintragung. Nach der Auffassung des Kammergerichts muß der Inhalt einer Reallast in der Eintragung oder Eintragungsbewilligung insoweit bestimmt sein, daß der Berechtigte bezeichnet und der Umfang der Belastung in Geld berechnet werden kann. Das Kammergericht hat deswegen den Antrag auf Eintragung eines Vermerkes: „Der Grundstückseigenthümer ist verpflichtet, an den jeweiligen Eigenthümer des Brennereigrundstücks P. Bd. II Bl. 33 bis zum 1. Juli 1908 jährlich eine doppelt so große Menge Kartoffeln aus seinem Grundstücke zu liefern, als zum Abbrennen des auf ihn entfallenden Antheils des Kontingents nöthig sind" abgelehnt (vgl. KGJ. 22 A 303). Diese Ansicht bekämpfen Planck III 430 Anm. 3 und Biermann 292, nach denen im Zwangsversteigerungsverfahren das Vollstreckungsgericht auf jede mögliche Weise den Geldbetrag zu ermitteln hat.

§ 1106. Eine Belastung des ganzen Grundstücks in der Weise, daß die Leistungen nur aus einem Theile desselben zu entnehmen sind, ist unzulässig. Vgl. Biermann, Anm. zu § 1106.

§ 1107. 1. Bestritten ist die Anwendung des § 1107 auf nicht regelmäßig wiederkehrende Leistungen in Ansehung der Verjährungsfrist. Der Anspruch auf regelmäßig wiederkehrende rückständige Leistungen verjährt in vier Jahren gemäß § 197. Für unregelmäßige Leistungen wollen Biermann 293 Abs. 2, Fuchs I 366 Anm. 2a, wohl auch Oberneck 441 diese Bestimmung ebenfalls anwenden, dagegen aber Turnau-Förster I 533 Anm. 2, Planck III 432 Anm. 1, Kretzschmar II 377.

2. Der § 1133 wegen Verschlechterung des Grundstücks wird als nicht anwendbar erklärt von Planck, Anm. 5 zu § 1107, Cosack 283, Biermann, 293; a. A. Oberneck 440 Ziff. 1, Dernburg 563 § 202 Anm. 7. Gestützt wird die verneinende Ansicht darauf, daß § 1133 nicht die Hypothekenzinsen, sondern das Hypothekenkapital betrifft. Kretzschmar II 379 wendet die §§ 1133 bis 1135 zum Schutze der Reallastberechtigten aus allgemeinen Grundsätzen an.

3. Die einzelnen Realleistungen brauchen nicht ziffermäßig im Grundbuch angegeben zu werden, der § 1115 findet keine Anwendung. Vgl. OLG. 3 360 (KG.).

4. Ueber die Eintragung eines amortisirbaren Darlehens als Reallast hat das Kammergericht (KGJ. **21** A 312) Folgendes ausgeführt: „Der Parteiwille entscheidet darüber, ob die Leistungen den Hypothekenzinsen entsprechend behandelt werden und danach das Reallastgepräge empfangen sollen. Sind die Betheiligten darüber einig, daß die Renten als selbständige Leistungen zu gelten haben, so kommt es nicht darauf an, daß sie wirthschaftlich zum Theil der Kapitaltilgung dienen sollen". Daher findet der § 1107 auch dann Anwendung, wenn in den einzelnen Leistungen zugleich Amortisationszuschläge enthalten sind.

§ 1108. Die persönliche Haftung des Eigenthümers für die während der Dauer seines Eigenthums fällig werdenden Leistungen kann durch Vereinbarung ausgeschlossen werden. Streit herrscht aber darüber, ob eine solche Vereinbarung eingetragen werden muß oder wenigstens durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung im Grundbuch offensichtlich zu machen ist. Oberneck 441 Nr. 2, Neumann zu § 1108, Planck III 435 Anm. 3 verlangen diese Veröffentlichung. Dagegen lehnen dieselbe ab Fuchs I 367 Anm. 3, Biermann 294 Abs. 1.

Ob Miteigenthümer als Gesammtschuldner oder nur nach Verhältniß ihrer Eigenthumsantheile dem Reallastberechtigten gegenüber haften und somit die allgemeinen Grundsätze der §§ 420, 427, 748, 755 anzuwenden sind, ist streitig. Für deren Haftung als Gesammtschuldner haben sich ausgesprochen: Dernburg III § 202 Anm. 4, Fuchs I 367 Anm. 4, Planck III Anm. 5 zu § 1108. Dagegen lassen Turnau-Förster I 534 Anm. 2, Maenner 269 Anm. 4, Biermann 294 Abs. 2, Kretzschmar II 375 die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung kommen.

Der Eigenthümer haftet nach Cosack II 276 für das Ablösungskapital nicht persönlich.

Der Erwerber des belasteten Grundstücks haftet für Rückstände nur mit diesem, nur dinglich, während eine persönliche Verpflichtung des Konstituenten der Reallast auch nur für die während der Dauer seines Eigenthums fällig gewordenen Prästationen, nicht für solche anzuerkennen ist, deren Fälligkeit in die Eigenthumszeit seiner Nachfolger fällt (Entsch. d. Pr. ObTrib. **53** 492, Strieth. A. **71** 1). Bendix, Privatr. 600.

§ 1109. Wenn die Reallast nur einem Theile des Grundstücks des Berechtigten zum Vortheile gereicht, so bleibt sie bei einer Theilung des Grundstücks mit diesem Theile allein verbunden, ohne daß es einer Zustimmung der an dem Grundstücke berechtigten Dritten (§ 876) bedarf. Es handelt sich in diesem Falle nicht um die Eintragung einer rechtsgeschäftlichen Veränderung, sondern nur um eine Grundstücksberichtigung. Vgl. Biermann 295 Anm. 2, Turnau-Förster I 535 Anm. 2, Fuchs I 369, Planck III 437 Anm. 5.

§ 1110. Es ist zweifelhaft, ob § 1110 sich auch auf solche Reallasten erstreckt, die vor dem 1. 1. 00 begründet waren. Dies wird von Biermann, Anm. zu § 1110 und Turnau-Förster I 537 Anm. 1 bejaht, weil die Uebertragbarkeit nicht zum Inhalte der Reallast gehört (vgl. Art. 184). Die Motive 589 verneinen die Frage, indem sie sagen: Für den Entwurf handelt es sich nur um die in Zukunft neu entstehenden subjektiv-dinglichen Reallasten.

§ 1111. Inwieweit die subjektiv-persönliche Reallast als unübertragbar anzusehen ist, wenn auch nur einige Leistungen unübertragbar sind, ist bestritten. Turnau-Förster I 537 Anm. 1, Maenner 271 Anm. 10 verneinen die Uebertragbarkeit der Reallast als Ganzes für diesen Fall, dagegen halten sie für zulässig Biermann 296, Fuchs I 370, Planck 438 Nr. 2. Ob subjektiv-persönliche Reallasten vererblich oder unvererblich sind, bestimmt das Gesetz nicht. Endemann II 424 Anm. 11 meint, daß sie überhaupt nicht vererblich seien.

Andere Schriftsteller nehmen an, daß sie nur dann unvererblich sind, wenn dies besonders vereinbart oder sich aus dem Inhalte des Vertrags ergäbe; so Fuchs I 371 Anm. 5, Planck III 438 Anm. 5, Kretzschmar II 383.

Achter Abschnitt.

Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld.

Erster Titel.

Hypothek.

§ 1113. 1. Wesen der Hypothek. Fuchs I Vorbem. 372 ff. folgert aus der Stellung der Hypothek im System, aus der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaute des Gesetzes, daß die Hypothek kein Pfandrecht sei, sondern eine sichernde Realobligation. Inhalt der Realobligation sei nicht eine Duldungspflicht — daher sei der Antrag einer Klage aus der Hypothek, der nur auf Duldung der Zwangvollstreckung geht, unzutreffend (ebenso Hellwig, Anspruch und Klagerecht 361: Der Eigenthümer müsse verurtheilt werden, eine Summe „aus dem Grundstücke zu zahlen") — sondern eine Leistungspflicht des Grundstückseigenthümers. Die Leistung bestehe im Zahlen. Der Umfang dieser dinglichen Zahlungspflicht werde durch das Grundstück beschränkt. Darum bleibe die Hypothek aber ein dingliches Recht, denn die Sache sei rechtlich gebunden, d. h. dem Berechtigten stehe absoluter Klageschutz und Realexekution zu Gebote.

Für die Realobligation auch Cosack, 2. Aufl. § 221.

Gegen Fuchs die herrschende Meinung. Für die Pfandrechtsnatur der Hypothek sind Turnau-Förster I 552 Nr. 2, 553 Nr. 5; Dernburg III 581, welcher als Inhalt dieses Pfandrechts die Befugniß des Gläubigers bezeichnet, mittels Betreibung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück und in die Gegenstände, auf welche sich das Grundstückspfandrecht mit erstreckt, zu seiner Befriedigung zu gelangen; er leugnet aber nicht, daß dem Pfandrechte stets ein Leistensollen zu Grunde liege (625 Nr. 4). Ferner Biermann, Vorbemerkungen zum 8. Abschnitt, der der Frage rein theoretische Bedeutung beimißt; Planck, Vorbemerkungen zum 8. Abschnitte III 447, wenn er auch terminologisch das Wort „Pfandrecht" für die Hypothek nicht zulassen will (439). Predari 226 Nr. VIII faßt wie Fuchs den Klagantrag auf Zahlung aus dem Grundstücke, will jedoch nicht seiner Theorie von der Realobligation folgen. Oberneck 447 lehnt gleichfalls die Auffassung der Hypothek als Realobligation ab und bezeichnet als Inhalt der Hypothek das Recht des Gläubigers auf Duldung seiner Befriedigung aus dem Grundstücke. Nach ihm ist die Hypothek wie jede Grundkreditbelastung ihrem Ursprunge nach nichts weiter als eine Verselbständigung des Werthes oder eines Theiles des Werthes des Grundstücks vermöge des Grundbuchsmechanismus durch den Eigenthümer (451). Er verwirft den Ausdruck „Pfandrecht" für die Hypothek, weil der Bestand der Forderung nicht Rechtsbedingung für die Existenz der Hypothek, die Verkehrshypothek begrifflich nicht akzessorischer Natur sei (479).

Maenner 278: Die Hypothek ist kein Akzessorium einer Forderung, kein Pfandrecht, sie ist zwar zur Sicherung einer Forderung bestimmt, stellt sich aber doch als selbständiges dingliches Recht dar, kraft dessen der Berechtigte aus dem belasteten Grundstück eine bestimmte Geldsumme verlangen darf. Die Forderung dient regelmäßig nur als Legitimation für den Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke.

Gegen die akzessorische Natur der Hypothek sind ferner Predari 109, 214; v. Staudinger-Kober 208; für die akzessorische Natur sind Fuchs 370

Nr. 7, 390 Nr. 5; Turnau-Förster 592; Biermann 300 Anm. zu § 1113; Planck, Vorbemerkungen zum 8. Abschnitt 440; v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts 112 ff.; Skonietzki, Gruchots Beitr. **44** 282; Dernburg 623 giebt zwar zu, daß das BGB. der Sache nach die akzessorische Natur des Pfandrechts bei der Verkehrshypothek nicht festgehalten habe, wohl aber im juristischen Aufbau, und zwar durch Fiktion.

Der Werthparzellentheorie Obernecks stellt Predari 217 und 218 Anm. die Werthaneignungstheorie entgegen, wonach die Hypothek das dingliche Recht auf Aneignung des im Verfahren der Zwangsvollstreckung ermittelten Werthes des haftenden Grundstücks in bestimmter Höhe ist.

2. Gegenstand der Hypothek. Es herrscht Einigkeit darüber, daß Gegenstand der Hypothek nur ein Grundstrück oder ein Erbbaurecht sein kann sowie diejenigen Rechte, für welche nach Landesrecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten. Revenuen-Hypotheken sind deshalb unzulässig. Planck 439, VI 121 f; Oberneck 471, 473, Turnau-Förster 592; Fuchs 388; Biermann 298; Planck 439 und 522 Anm. 3 c zu § 1147.

3. Die Forderung muß nach der herrschenden Ansicht auf Zahlung von Geld gerichtet sein. Turnau-Förster 593 Anm. 6; Oberneck 478; Planck 453 Anm. 5; Biermann 300; a. M. Fuchs, 390 Anm. 4 zu § 1113 und Cosack II § 222 Ziff. I 7. Die Forderung kann auch aus einem abstrakten Schuldversprechen (Schuldanerkenntniß) entstanden sein. KGJ. **22** A 308 und OLG. 2 359 (KG.).

4. Ist für eine künftige oder bedingte Forderung Hypothek bestellt, so steht die Hypothek bis zur Auszahlung dem Eigenthümer zu. Wechselt die Person des Eigenthümers vor der Auszahlung, so geht mit der Auszahlung die Hypothek von dem früheren Eigenthümer auf den Gläubiger über. Fuchs 526 Anm. 5; Planck 454 Anm. 5 gegen Böhm 152.

5. Fuchs I 376 f. hebt den Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld, wie folgt, hervor: Die Hypothek setzt eine persönliche Forderung voraus, deren Befriedigung sie dient. Hiernach ist die Hypothek ihrer Rechtsnatur nach Sicherstellung, und zwar Sicherstellung durch eine Realobligation. Die Grundschuld ist eine für sich bestehende Realobligation, eine Realobligation mit Selbstzweck. Natürlich kann auch eine Grundschuld zum Zwecke der Sicherstellung bestellt werden, aber die Sicherung ist hier nur Motiv, nicht Rechtsinhalt. Die sicherstellende Grundschuld unterscheidet sich von der Hypothek immer noch in der Weise, wie sich die Wechselbürgschaft von der Bürgschaft scheidet. Während bei der Hypothek oder der einfachen Bürgschaft der Nichtbestand der Forderung ipso jure die Sicherung (Hypothek, Bürgschaft) für den Gläubiger aufhebt, giebt er bei der Grundschuld und der Wechselbürgschaft nur ein persönliches Konditionsrecht, die Sicherung (Grundschuld, Wechsel) aufzurufen. Dort wirkt der Nichtbestand der Forderung gegen den Gläubiger unmittelbar, man kann sagen dinglich, hier bewirkt er nur persönlich eine Aufhebung der Sicherungsrechte.

§ 1114. 1. Der § 1114 bezieht sich nur auf Grundstücksbruchtheile, nicht auf volle Grundstückstheile. OLG. 4 314 (KG.).

Der zu belastende Antheil muß im Grundbuche ziffermäßig bestimmt sein. Biermann, Anm. 1; Turnau-Förster I 596 Anm. 2; OLG. **4** 327 (KG.) Antheil eines Miteigenthümers; vgl. auch KJG. **20** A 304; OLG. 2 4, 87.

Unzulässig ist die Belastung des Antheils eines Gesellschafters an dem zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Grundstücke (KGJ. **24** A 126), weil bei den Gesellschaften ein Miteigenthum nach Bruchtheilen (ideellen Grundstückstheilen) nicht besteht. Dasselbe gilt für alle übrigen Gemeinschaften zur gesammten Hand. Planck, Anm. b zu § 1114; Fuchs, Anm. 2 zu § 1114; Turnau-

Förster a. a. O.; Biermann, Anm 2 zu § 1114; Neumann, Anm. 7 zu § 1114; Oberneck 472.

Die entgegen diesem Grundsatz auf dem Antheil eines Theilnehmers an einer Gemeinschaft zur gesammten Hand eingetragene Hypothek konvaleszirt nach Fuchs a. a. O. und Biermann, Anm. 2 zu § 1114 in dem Augenblick, in dem der Antheil des belastenden Theilnehmers grundbuchmäßig festgestellt ist. A. M.: Turnau-Förster, Anm. 2 zu § 1114 und KGJ. **24** A 127.

2. Für zulässig erachtet wird von Planck, Anm. 4 zu § 1114 die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek an dem Bruchtheil eines Nachlaßgrundstücks, dessen Erwerb der verpflichtete Miterbe bei der Erbauseinandersetzung erhofft. Hierzu bedürfe es aber der Bewilligung sämmtlicher Miterben. Ebenso Götte, CBlFrG. **1** 655.

3. Ein Miteigenthümer zu mehreren Antheilen kann nur sämmtliche Antheile mit einer Hypothek belasten. Fuchs, Biermann, Turnau-Förster, Neumann zu § 1114; Eccius, Gruchots Beitr. **45** 451 ff.; OLG. München, DJZ. **02** 323.

Dennler, CBlFrG. **3** 259 hebt hervor, daß der Miteigenthümer eines Grundstücks, der zu seinem bisherigen Antheil weitere hinzuerwirbt, nicht befugt ist, letztere selbständig mit einer Hypothek für die Kaufgeldforderung des Verkäufers zu belasten. Ebenso OLG. **4** 482; KGJ. **24** A 27; RJA. **3** 104; CBlFrG. **2** 890.

4. KGJ. **23** A 230: Wird ein nach Bruchtheilen belastetes Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung an einen Ersteher verkauft, so kann, falls der Ersteher das Baargebot nicht zahlt, eine Sicherungshypothek auf Bruchtheile des zugeschlagenen Grundstücks nicht eingetragen werden.

5 KGJ. **20** A 314: Ein bestehendes Pfandrecht an einem Grundstück im Sinne des Art. 192 EG. z. BGB. ist auch die vor dem 1. Januar 1900 auf dem ungewissen Grundstücksantheil eines Miterben eingetragene Hypothek; sie hat sich in eine Hypothek des neuen Rechtes verwandelt. Dagegen ist die Erweiterung einer solchen Hypothek durch Eintragung einer bisher nicht bestandenen Zinspflicht unter der Herrschaft des neuen Rechtes unzulässig.

§ 1115. 1. Einigkeit herrscht in der Literatur darüber, daß die Nichteintragung eines Gläubigers oder des Geldbetrags der Forderung die Nichtigkeit der Belastung bewirkt; es entsteht weder eine Hypothek noch eine Eigenthümergrundschuld; die Eintragung ist als ihrem Inhalte nach unzulässig von Amtswegen zu löschen. S. u. a. Planck III 457 Anm. 1.

2. Bezeichnung des Gläubigers.

a) Bei physischen Personen ist die Angabe des Vornamens nicht erforderlich, wenn die Identität feststeht. OLG. **4** 229 (KG.) trotz § 4 Preuß. Allg. Verf. des Just. Min. v. 20. 11. 99, welcher Bezeichnung des Vornamens im Grundbuche vorschreibt. A. M. Planck 458 Anm. 2a, der das Grundbuchamt für verpflichtet hält, einen Antrag zurückzuweisen, der die landesgesetzlich vorgeschriebenen Angaben nicht enthält.

Brettner **00** 275 zählt zu den Bestimmungen einer Hypothek, die eingetragen werden können, aber nicht müssen: die Zinslosigkeit, den Anfangstermin der Verzinsung, die Bedingungen der Rückzahlung, die für gewisse Fälle bedungene Zinserhöhung; ebenso die Unterwerfungsklausel des § 794 Nr. 5 CPO. (nicht eine im Sinne des § 800 CPO.). Bedingungen und Zeitbestimmungen müssen eingetragen werden.

Kretzschmar bemerkt CBlFrG. **2** 634 ff. und SächsA. **11** 66 ff.: Die Vorschrift, daß der Gläubiger der Person nach bestimmt bezeichnet sein muß, gilt auch bei Hypotheken für Forderungen aus Inhaberpapieren; hier ist als Gläubiger der Inhaber einzutragen. Bei Hypotheken für eine Forderung aus einem Order-

papier ist der erste Nehmer und außerdem jeder durch das Indossament legitimirte Inhaber des Papiers als Gläubiger einzutragen. Ebenso OLG. Dresden, RJA. **2** 147; Biermann 303 Anm. 2; Planck III 458 Anm. 2a ist dagegen der Ansicht, daß bei der Forderung aus einem indossabeln Papier nur der Remittent, nicht auch der Inhaber einzutragen ist.

b) Unter der Firma eines Einzelkaufmanns kann eine Hypothek nicht eingetragen werden. Staub, (6/7) 107 § 17 Anm. 3; Turnau-Förster I 599 Anm. 1a; Planck 458 Anm. 2a; Oberneck 491 und in Gruchots Beitr. **43** 697; Staudinger-Kober 213 Anm. I A 1b; Neumann, Anm. I 2a; a. M. Fuchs 395 Anm. 3bb; Böhm 155; Düringer-Hachenburg 102; Litthauer, Kommentar z. HGB. zu § 17 N. e; Winter, PosMschr. **02** 66ff.; Maenner 297.

c) Die Eintragung einer Konkursmasse als Hypothekengläubigerin ist unzulässig. Planck 458 Anm. 2a; Biermann 303 Anm. 2; Maenner 297 Anm. 13; Turnau-Förster 599 Anm. 1a; Neumann, Anm. I 2b; Oberneck 491; Fuchs 395 Anm. 3cc. Einzutragen ist vielmehr der Gemeinschuldner mit dem Zusatze, daß über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet ist. A. A. Dernburg 630, der auch die Eintragung einer Hypothek für eine Konkursmasse zuläßt.

d) Für eine Nachlaßmasse, für die Nachkommenschaft und für die unbekannten Erben eines Nachlasses kann eine Hypothek eingetragen werden. So Biermann 303 Anm. 2; Oberneck 491; Fuchs 394 Anm. 3aa; Planck 458 Anm. 2b; RJA. **2** 241 (KG.); Brettner, R. **00** 275; R. **02** 41.

e) Unzulässig ist die Eintragung eines Zustellungsbevollmächtigten des Hypothekengläubigers. OLG. **2** 196 (Colmar) und Turnau-Förster I 600 Anm. 1a.

f) Den Nachweis der Existenz des Gläubigers darf der Grundbuchrichter nicht verlangen. Planck 459 Anm. 2b; Biermann 303 Anm. 2; Fuchs 394 Anm. 3a; auch KGJ. **24** A 86; jedoch mit der Einschränkung, daß der Grundbuchrichter eine Darlegung der Rechtsverhältnisse eines Gläubigers, der keine natürliche Person ist, fordern darf, wenn dessen Rechtsfähigkeit nicht behauptet ist.

3. Bezeichnung der Forderung.

a) Die Forderung braucht ihrem Grunde nach bei der Eintragung nicht bezeichnet zu werden. Planck 461 Anm. 5a; Winter, PosMschr. **02** 66; Oberneck 489. Nach Biermann 303 Anm. 2 muß aus der Eintragung mindestens erhellen, daß überhaupt eine Forderung vorhanden ist. Die Eintragungsbewilligung muß aber die Art des Schuldverhältnisses angeben. KGJ. **21** A 139. Es genügt die Forderung aus einem abstrakten Anerkenntnisse. KGJ. **22** A 308; Turnau-Förster 607 Anm. 3.

b) Die sogenannte Goldklausel kommt in zwei Bedeutungen vor. Die Parteien können gewollt haben, daß nicht bloß in den gegenwärtig vorhandenen Goldmünzen, sondern, falls auf Grund Gesetzes Goldmünzen über andere Beträge ausgeprägt werden sollten, in den alsdann vorhandenen Goldmünzen gezahlt werden muß. Eine solche Vereinbarung ändert den Geldbetrag der Forderung nicht und ist daher eintragungsfähig. Haben die Parteien aber gewollt, daß die Forderung im Falle einer später eintretenden Währungsänderung in jetzigen Reichsgoldmünzen, oder beim Fehlen solcher in anderen Goldmünzen gezahlt werden müsse, daß mithin ein Geldbetrag geschuldet werde, dessen Höhe, in Währung umgesetzt, sich nach dem jeweiligen Kurse des von dem Schuldner anzuschaffenden Goldes bemesse, dann wird ein gegenwärtig nicht zu bestimmender Geldbetrag geschuldet, dessen Eintragung unzulässig ist.

Die Bestimmung, daß alle Baarzahlungen in deutscher Reichswährung und unter allen Umständen in Gold geschehen müssen, giebt zu einer Auslegung

im Sinne der zweiterwähnten Abrede keinen Anlaß. So **RG. 50** 145 ff. Vgl. auch **KGJ. 21** A 322; **OLG. 2** 364; **OLG. 5** 307; **BayrObLG. 2** 803; **KGJ. 24** A 322.

Zustimmend Biermann 304 Anm. 3, der im Falle der zweiterwähnten Abrede die Eintragung einer Maximalhypothek (§ 1190) vorschlägt. **Planck** 461 Anm. 5c hält in beiden Fällen die Goldklausel für nicht eintragungsfähig und stets nur die Eintragung einer Maximalhypothek für zulässig.

4. Bezeichnung des Zinssatzes

Das Versprechen, im Falle nicht pünktlicher Zahlung erhöhte Zinsen zu entrichten, muß im Grundbuch eingetragen werden, und zwar genügt die Eintragung des Höchstzinssatzes unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. OLG. Karlsruhe, Seuff. A. **57** 225 unter Hinweis auf die Motive und Protokolle. RJA. **1** 79 und 119 (KG.); Fuchs 397 Anm. 5; Turnau-Förster 603 Anm. 1c; Biermann 305 Anm. 4.

5. Andere Nebenleistungen.

Nebenleistungen sind Leistungen, die neben dem Kapitale zu entrichten sind, so daß durch sie die Forderung des Gläubigers und die Belastung des Grundstücks erweitert wird. Demnach kann nicht als Nebenleistung bezeichnet werden, was, wenn auch in regelmäßigen, vereinbarten Abschlagszahlungen auf die Hauptschuld gezahlt wird, also einen Theil der Hauptleistung darstellt. Daher gehören die zu den Hypothekenzinsen vereinbarten regelmäßigen Amortisationsbeiträge nicht zu den Nebenleistungen. **KGJ. 24** A 246 ff. (früher war das KG., **OLG. 4** 70, entgegengesetzter Ansicht); Planck, Anm. 4a Abs. 3.

Als Nebenleistungen werden die Amortisationsbeiträge dagegen aufgefaßt von Oberneck 492, Fuchs 397 Anm. 6, Turnau-Förster 603 Anm. 1c, Biermann 305 Anm. 5.

Dronke, DJZ. **02** 243 bemerkt: Der Satz, daß die als Zuschlag zu den Zinsen zum Zwecke allmählicher Tilgung des Hypothekenkapitals zu entrichtenden Beträge als Nebenleistungen aufzufassen sind (**OLG. 4** 70 [KG.] s. o.), hat zur Folge, daß die Tilgungszuschläge im Grundbuche ziffernmäßig angegeben werden müssen und nicht durch bloße Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung eingetragen werden dürfen.

6. Durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung können eingetragen werden:

a) der Grund der Forderung, **KGJ. 22** A 240. S. auch oben zu 3a;

b) der Tag des Zinsbeginns, **KGJ. 24** A 127, **OLG. 4** 383;

c) die Zahlungsbedingungen. Zulässig ist die Bestimmung, daß das Kapital fällig sein soll, wenn der Eigenthümer die Versicherung der Gebäude gegen Feuersgefahr unterläßt, oder wenn er sein Bier aus einer anderen Brauerei als der des Gläubigers bezieht. Planck III 461 Anm. 5e, **OLG. 3** 232 (KG.);

d) die Goldklausel in der Bedeutung, in der sie eintragungsfähig ist, **RG. 50** 145 ff., Fuchs 398 Anm. 7, Biermann 304 Anm. 3, Planck III 462 Anm. 5c mit dem Vorbehalte: „Hält man die Eintragung der Goldklausel für zulässig". S. auch oben zu 3b.

e) Die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt aber nicht für die Bestimmung, daß sich der Eigenthümer der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Weise unterworfen hat, daß sie gegen den jeweiligen Eigenthümer zulässig sein soll (§ 800 CPO.). **KGJ. 23** A 234, Biermann 306 Anm. 7, Planck 462 Anm. 6.

f) Bei der Eintragung muß das Wort „Eintragungsbewilligung" gewählt, es darf durch das Wort „Urkunde" nicht ersetzt werden. So **KGJ. 21** A 142; a. A. Planck 460 Anm. 5.

g) Dem Antrag auf Aufnahme solcher Bestimmungen in den Eintragungsvermerk, welche durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung eingetragen werden können, braucht der Grundbuchrichter nicht stattzugeben. RG. **50** 152.

7. Abs. 2. Nebenleistungen bei Hypotheken für Darlehen von Kreditanstalten, insbesondere Zinseszinsen, können nur dann als satzungsgemäß zu entrichtende gelten, wenn sie in der Satzung selbst und nicht erst in der Schuldurkunde aus Anlaß der Satzung geregelt sind. KGJ. **22** A 167, **23** A 143.

Nach Planck 460 Anm. 4bα ist es nicht erforderlich, daß die Satzung ihrem vollen Inhalte nach bekannt gemacht ist, vielmehr genügt die Bekanntmachung des die Nebenleistungen betreffenden Theiles der Satzung. Streitig ist, ob die Verpflichtung des Schuldners, das gewährte Darlehen in Pfandbriefen der betreffenden Kreditanstalt zurückzuerstatten, eintragungsfähig ist. Oberneck 493 Anm. 16. Für die Eintragungsfähigkeit ist Biermann 304 Anm. 3, dagegen Planck 462 Anm. 5c, Turnau-Förster 601 Anm. 1b, Fuchs 398 Anm. 7, welche nur die Eintragung einer Maximalhypothek für zulässig halten.

Das Zuschußdarlehen, das nach dem Statute des Kur- und Neumärkischen Ritterschaftlichen Kreditinstituts dem Eigenthümer bei einem Kurse der Pfandbriefe unter pari zur Ausgleichung des Kursverlustes gegeben werden kann, ist ein selbständiges, von dem Pfandbriefdarlehen unabhängiges Darlehen, keine Nebenleistung. Fuchs 398 Anm. 8a, Planck 460 Anm. bα, KGJ. **16** 136, RG. **20** 220.

§ 1116. 1. Rechtliche Natur des Hypothekenbriefs. Es herrscht Streit darüber, ob der Hypothekenbrief ein Werthpapier ist oder nicht.

a) Als Werthpapier wird er angesehen von Biermann 307 Anm. 1 unter Hinweis auf §§ 1818, 1819; er giebt zu, daß die Hypothek sich nicht in dem Briefe verkörpere, dies sei aber auch zum Begriffe des Werthpapiers nicht erforderlich. Nach Planck 465 Anm. 5 bildet der Hypothekenbrief ein Namens- und Rektapapier. Dernburg 596 hält ihn für ein Wertapapier, weil sich an ihn die Entstehung und Geltendmachung des Gläubigerrechts knüpft. Für die Beurtheilung des Hypothekenbriefs als Werthpapier sind ferner Jacobi, Werthpapiere 23, Kuhlenbeck 773 Anm. 1, Cosack II 224. Fischer, Der Hypothekenbrief im neuen Rechte, A.bürgR. **14** 323 f. erachtet den Hypothekenbrief gleichfalls für ein Werthpapier, insofern er Träger eines im Grundbuch eingetragenen Rechtes ist; in der Hauptsache sei er ein Legitimationspapier.

b) Fuchs 400 Anm. 2a bezeichnet den Hypothekenbrief als Beweisurkunde, Legitimationspapier, der Brief sei nicht Träger des Rechtes, denn bei Divergenz des Briefinhalts vom Buchinhalt entscheide das Buch. Ebenso Staub 50 HGB. § 1 Anm. 39, Goldmann, HGB. 13 Anm. II 2, Hachenburg, Vorträge 593, Endemann II § 118.

c) Eine Mittelstellung nehmen Turnau-Förster 581, Predari 241 und Oberneck 503 ein.

Nach Turnau-Förster ist der Hypothekenbrief nicht Träger des Rechtes; er hat keine selbständige Bedeutung, denn er ist abhängig von dem Inhalte des Grundbuchs. Er ist aber auch nicht lediglich Beweisurkunde, denn er vermittelt den Erwerb des Rechtes und dient zur Erhöhung seiner Verkehrsfähigkeit.

Predari geht gleichfalls davon aus, daß der Hypothekenbrief nicht Träger des Hypothekenrechts ist, wie es ein Werthpapier sein würde. Er sei aber auch nicht bloße Beweisurkunde; er nähere sich dem Werthpapier und könne vielleicht als „Mitträger" des Hypothekenrechts bezeichnet werden.

Nach Oberneck ist der Brief zunächst Beweisurkunde, wenngleich der Beweis des hypothekarischen Rechtes auch durch das Grundbuch geführt werden

könne. In dem Briefe verkörpere sich aber auch das Recht insbesondere dadurch, daß es an den Besitz des Briefes gebunden sei.

2. In der Literatur und Judikatur herrscht Einigkeit darüber, daß jede Hypothek eine Briefhypothek ist, wenn nicht die Ertheilung des Briefes durch Einigung und Eintragung ausgeschlossen ist. Daraus wird gefolgert, daß auf Grund eines Urtheils, das den Eigenthümer zur Bewilligung der Eintragung einer Hypothek verurtheilt, nur eine Briefhypothek eingetragen werden kann. So u. A. KGJ. **21** A 171; Planck 463 Anm. 1; vgl. auch OLG. 2 276.

3. Die Hypothek mit Ausschließung der Ertheilung eines Briefes (Buchhypothek) wird nach der herrschenden Ansicht auf Grund der einseitigen Eintragungsbewilligung des Eigenthümers eingetragen. KGJ. **20** A 97 Nr. 21; Fuchs 401 Anm. 4b; Turnau-Förster 612 Anm. 2; Planck 464 Anm. 3; Biermann 308 Anm. 2b; Dernburg 598; ferner Grohmann, SächsA. **11** 233ff.; Weitemeyer, DJZ. **01** 557; Reinsch, DJZ. **00** 300. A. A. Endemann 472 § 119 Anm. 2; Kuhlenbeck 774 Anm. 3; Jastrow II 182 Anm. 3, welche für die Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld unter Ausschließung der Briefbildung die Mitwirkung des Gläubigers fordern.

Die nachträgliche Ausschließung der Ertheilung eines Briefes kann nur auf Grund der Bewilligung des Gläubigers und des Eigenthümers eingetragen werden; denn die Rechte beider werden durch diese Eintragung betroffen. KGJ. **20** A 97; Biermann 308 Anm. 2b; Planck 464 Anm. 3; Turnau-Förster 557, 612; Fuchs 401 Anm. 4b β; Dernburg 598.

4. Die Eintragung des Vermerkes bei einer Buchhypothek, daß dem Gläubiger auf Grund der Einwilligung des Eigenthümers jederzeit freistehen soll, die Aufhebung der Ausschließung im eigenen Namen zu bewilligen und zu beantragen, wird für unzulässig erklärt vom Kammergericht (OLG. 2 322; RJA. **2** 36; KGJ. **21** A 107), von Biermann 308 Anm. 2b; Planck 464 Anm. 2; Turnau-Förster 612 Anm. 2 mit der Begründung: Die Bewilligung des Eigenthümers allein wirkt nicht rechtsgestaltend, solange nicht die weitere Erklärung des Gläubigers hinzugekommen ist. Nur der jeweilige Eigenthümer kann grundsätzlich die für die Rechtsänderung erforderliche Bewilligung rechtswirksam abgeben.

Die von dem KG. a. a. O. aufgeworfene, aber nicht entschiedene Frage, ob eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Umwandlung der Buchhypothek in eine Briefhypothek gegen den jeweiligen Eigenthümer zulässig ist, wird von Biermann, Planck und Turnau-Förster a. a. O. bejaht.

5. Die Hypothek, bei der die Ausschließung der Briefertheilung einigungsgemäß eingetragen ist, ist eine Buchhypothek, auch wenn versehentlich ein Brief gebildet ist; der Brief ist selbst in der Hand eines gutgläubigen Erwerbers bedeutungslos. Biermann 307 Anm. 1 und Fuchs 401 Anm. 4a α gegen Böhm 160, der seine abweichende Ansicht auf § 1140 BGB. stützt. Gegen die Ansicht von Böhm sind ferner Turnau-Förster 613 Anm. 6 Planck 463 Anm. 1.

Auf die Herausgabe des Briefes an das Grundbuchamt kann geklagt werden. Auch das Grundbuchamt kann von Amtswegen die Zurückgabe des Briefes herbeiführen, nach Biermann unter Anwendung unmittelbaren, nach Fuchs unter Anwendung mittelbaren Zwanges.

6. Ist die Ausschließung der Briefertheilung ohne oder gegen den Willen der Betheiligten versehentlich eingetragen, so untersteht die Hypothek doch den Vorschriften über die Briefhypothek; der Gläubiger erwirbt die Hypothek erst durch Uebergabe des nachträglich zu bildenden Briefes. So mit Fuchs, Anm. 4a α; Planck, Anm. 1. Der Ausschließungsvermerk hat nach

§§ 891 ff. die Vermuthung der Richtigkeit für sich und gilt zu Gunsten eines gutgläubigen Dritten als richtig. Planck und Fuchs a. a. O.

Die Umschreibung in eine Briefhypothek kann im Wege des Berichtigungsverfahrens erfolgen. Biermann 308 Anm 3; Planck a. a. O.; Fuchs a. a. O.

7. Ist eine Buchhypothek irrthümlich als Briefhypothek eingetragen, so kommt nach Biermann 308 Anm. 3 dem gutgläubigen Dritten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zu Gute; wenn nicht nachträglich ein Brief gebildet werde, so sei die Hypothek praktisch werthlos. Die Umschreibung in eine Buchhypothek im Wege der Berichtigung sei nicht möglich. Der gleichen Ansicht Turnau-Förster 613 Anm. 6. Grohmann führt im SächsA. **10** 237 aus: Läßt der Eigenthümer ohne Wissen und Willen des Gläubigers statt einer Briefhypothek eine Buchhypothek eintragen, so kann der Gläubiger von dem Eigenthümer die Zustimmung zur Grundbuchberichtigung und zur Ertheilung des Briefes verlangen.

8. Keiner, CBlFrG. **1** 987: Die Ansicht, daß, wenn eine Hypothekenforderung Gesammtgläubigern zusteht, auf Verlangen getrennte Briefe mit dem Vermerke, daß sie sich nur auf das Recht eines Gesammtgläubigers erstrecken, zu bilden seien, ist unzutreffend. Denn grundsätzlich wird über jede Hypothek nur ein Brief ertheilt und die Herstellung von Theilhypothekenbriefen ist auf die Fälle der Theilung der Forderung in Einzelbeträge gemäß § 1152 beschränkt.

§ 1117. 1. Die Ersetzung der Uebergabe des Briefes durch die Vereinbarung, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen, setzt voraus, daß der Brief bereits gebildet ist oder nachträglich gebildet wird. OLG. Breslau, Seuff. A. **57** 138 ff.; Biermann 309 Anm. 1a; Turnau-Förster 616 Anm. 3 a. E.

Nach Cosack II 222 erwirbt der Gläubiger, wenn die Uebergabe des Briefes durch die Vereinbarung ersetzt wird, daß der Gläubiger berechtigt sein solle, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, die Hypothek sofort mit der Eintragung.

Für die Uebergabe des Hypothekenbriefs genügt ein constitutum possessorium. Bendix, Privatr. 604.

Jede Briefhypothek entsteht als Eigenthümerhypothek, sofern nicht der Gläubiger ein Recht auf unmittelbare Auslieferung des Hypothekenbriefs seitens des Grundbuchrichters an ihn besitzt. Enneccerus-Lehmann 149.

2. Die Vereinbarung, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, bedarf keiner Form; dem Grundbuchamte gegenüber ist aber der Gläubiger zur Verfügung über die Hypothek nur legitimirt, wenn die Vereinbarung in der Form des § 29 GO. getroffen ist. Martinius, Ueber die Zulässigkeit der Zurücknahme der Bestimmung des Eigenthümers in Betreff der Aushändigung des Hypothekenbriefs an den Gläubiger, Gruchots Beitr **44** 386, 387; Biermann 309 Anm. 1a; Planck 466 f. Anm. 3; Turnau-Förster 615 Anm. 3; Fuchs 403 Anm. 5.

3. Die Bestimmung des Eigenthümers, den Hypothekenbrief dem Gläubiger auszuhändigen, kann vom Eigenthümer ohne Nachweis der Zustimmung des Gläubigers zurückgenommen werden, und zwar in der Form des § 29 GO. Der Brief ist alsdann dem Eigenthümer auszuhändigen. Martinius a. a. O. 388, 389 und die zu 2 angeführten Schriftsteller. Martinius untersucht die Gefahr, die für den Gläubiger daraus erwachsen kann, daß trotz Vorliegens einer dem § 1117 Abs. 2 entsprechenden Vereinbarung der Grundstückseigenthümer die gemäß § 60 GBO. getroffene Bestimmung (Auftrag) über Aushändigung des Hypothekenbriefs an den Gläubiger beim Grundbuchamt einseitig wieder zurückzunehmen in der Lage ist. Er findet dieselbe gering, da beim Vorliegen einer solchen

Vereinbarung der Gläubiger Eigenthum an dem Brief mit der Entstehung erlangt, ihm also bloß Unbequemlichkeiten durch Eigenthumsklage auf Herausgabe des Briefes als Zubehör der Hypothek gegen den Besitzer (sei es der Grundstückseigenthümer oder ein Dritter) oder durch die Nothwendigkeit der Beantragung des Aufgebots jenes Briefes erwachsen können. Man kann also, wenn man diese geringe Gefahr (und die zeitweilige Unbegebbarkeit der Hypothek) in den Kauf nehmen will, als Gläubiger beim Vorliegen einer Vereinbarung gemäß § 1117 Abs. 2 vor Aushändigung des Briefes das zugesagte Darlehn zahlen nach Eintragung der Hypothek oder nachdem man wenigstens **seinerseits** Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamte gestellt hat.

4. Der Nachweis, daß der als Hypothekengläubiger Eingetragene mangels Uebergabe des Briefes die Hypothek nicht erworben habe, daß also in diesem Punkte das Grundbuch unrichtig sei, kann nicht dadurch ersetzt werden, daß dem Eigenthümer der Brief nach § 60 GBO. ausgehändigt worden ist. Es muß das Fehlen einer Vereinbarung gemäß § 1117 Abs. 2 feststehen. Dies und die Thatsache, daß der als Gläubiger Eingetragene nicht im Besitze des Briefes ist, muß der Gläubiger in einer, in öffentlicher oder in öffentlich-beglaubigter Form, Erklärung niederlegen, damit die Berichtigung des Grundbuchs erfolgen kann. OLG. 3 362 (KG.), KGJ. 22 A 309, **Martinius** a. a. O. 385, **Planck** III 467 Anm. 3, **Fuchs** I 404 Anm. 7, **Oberneck** 503, **Biermann** 311 Anm. 2, **Turnau-Förster** I 689 Anm. 4.

5. Wird der Eigenthümer zur Bestellung einer Hypothek verurtheilt, so ist der Brief dem Eigenthümer auszuhändigen, wenn nicht der Eigenthümer auch zur Bewilligung der Aushändigung an den Gläubiger verurtheilt ist. KGJ. 21 A 171; **Planck** 467 Anm. 3; **Turnau-Förster** 616 Anm. 4.

6. Ist die Hypothek eingetragen und die Aushändigung des Briefes an den Gläubiger vereinbart, so kann der Gläubiger, wenn der Konkurs über das Vermögen des Eigenthümers eröffnet ist, als Aussonderungsberechtigter die Herausgabe des Briefes vom Konkursverwalter verlangen. **Oberneck** 500; **Turnau-Förster** 615 Anm. 3.

Die Klage des Gläubigers auf Uebergabe des Briefes ist, wenn nicht die Vereinbarung des Abs. 2 getroffen ist, nur eine persönliche; sie wirkt deshalb auch nicht gegen die Konkursmasse des Eigenthümers. **Fuchs** 403 Anm. 3; **Biermann** 310 Anm. 1 d.

War der Anspruch des Gläubigers auf Bestellung einer Briefhypothek durch eine Vormerkung gesichert, so ist der Anspruch des Gläubigers auf Aushändigung des Briefes dinglich und auch gegen die Konkursmasse des Bestellers wirksam. **Fuchs** 403 Anm. 3; **Planck** 467 Anm. 4; **Biermann** 310 Anm. 1 d; **Turnau-Förster** 615 Anm. 3; **Oberneck** 502; **Dernburg** 600.

7. Die Eigenthümerhypothek ist nach **Oberneck** 456, 501 keine wirkliche Hypothek, sondern ein Verfügungsrecht des Eigenthümers über einen, dem eingetragenen Kapital entsprechenden, im Grundstück enthaltenen, zu Gunsten eines Anderen ausgeschiedenen und ihm wieder zugefallenen Werttheil. Ihm haben sich angeschlossen **Puntschart**, Der Grundschuldbegriff 63; **Goldmann-Lilienthal** 518; **Turnau-Förster** 748 Anm. 5. In der Eigenthümerhypothek sehen **Planck**, Vorbem. 445 und **Fuchs**, Vorbem. zu §§ 1163 ff. (519 ff.) ein begrenztes Recht und sind ebenso wie **Dernburg** 616 der Meinung, daß der Eigenthümer in die Reihe der Realberechtigten eintrete und in die Hypothek **sukzedire**.

Auf den Boden der **Oberneck**schen Theorie bewegen sich die Entscheidungen des KG., KGJ. 20 A 190 ff., 21 A 159, 23 A 156 ff. Wie das KG. auch **Bollenbeck**, DNotV3. 1 39; **Götte**, CBlFrG. 1 654; OLG. 3 198 (Jena);

dagegen Lehmann 266 § 91 Ziff. 3; Planck 587 Anm. 4a; OLG. Colmar, DJZ. 02 221; Biermann 310 Anm. 2.

Die Bestimmungen über die Eigenthümerhypothek sind zwingender Natur. Ein Verzicht auf die Verfügungsbefugniß des Eigenthümers über die Eigenthümerhypothek ist nicht eintragungsfähig, sofern nicht landesgesetzlich dieser Grundsatz auf Grund des Art. 167 EG. z. BGB. durchbrochen ist. KGJ. 20 A 206 und 23 A 146 (vgl. u. Ziff. 4 zu Art. 167).

8. Bödicke, DJZ. 01 456 bemerkt: Der in der Schuldurkunde bezeichnete Gläubiger, für den die Hypothek eingetragen worden ist, braucht die Löschung derselben nicht zu bewilligen, wenn der Eigenthümer, welcher den gesetzlich ihm eingehändigten Hypothekenbrief dem Gläubiger nicht ausgeantwortet hat, die Löschung beantragt. Dieselbe hat auf einseitigen Antrag des Eigenthümers zu erfolgen, da der Gläubiger die Hypothek noch nicht erworben hat, solange der Brief noch im Besitze des Eigenthümers war.

§ 1118. 1. Fuchs 405, Oberneck 523, Planck 468, Turnau-Förster 617 stellen in Anlehnung an die Motive fest, daß durch die Bestimmungen des § 1118 das Eintragungs- und Spezialitätsprinzip durchbrochen wird.

2. Als **gesetzliche Zinsen** zählt Planck a. a. O. auf: die Verzugszinsen (§§ 288, 289), Prozeßzinsen (§ 291), Verzinsung des Kaufpreises (§ 452), Vergütung beim Werkvertrage (§ 641 Abs. 2), eigennützige Verwendung fremden Geldes durch einen Beauftragten, Verwahrer, Vormund u. s. w. (§§ 668, 675, 698, 1834).

Nach Turnau-Förster ist es zweifelhaft, ob der Eigenthümer, wenn er nicht der persönliche Schuldner ist, gemäß § 291 Prozeßzinsen zu zahlen hat. Mittelstein 150 verneint, weil es im BGB. nicht bestimmt sei.

3. Die zu 1 angeführten Schriftsteller sind darin einig, daß das Grundstück nur für solche Kosten haftet, welche dem Gläubiger durch die Geltendmachung des dinglichen Rechtes erwachsen sind, also nur die Kosten der Kündigung dem Eigenthümer, nicht dem persönlichen Schuldner gegenüber, nicht die durch Erhebung der persönlichen Klage oder durch Verbindung derselben mit der dinglichen Klage entstandenen Kosten, nicht die Kosten der Eintragung, nicht die Kosten einer Klage auf Bestellung der Hypothek. Ebenso Bendix, Privatrecht 607. A. A. wegen der Kosten der persönlichen Klage Wolff, Zwangsversteigerungsgesetz 32; gegen ihn Jaeckel, ZwVG. 53.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht 362 hebt hervor, daß das Grundstück nicht für die Kosten eines Feststellungsprozesses haftet, den der Eigenthümer durch Bestreitung der Hypothek veranlaßte. Für diese Kosten haftet der Eigenthümer persönlich, ebenso dann, wenn er nach Bestreitung der Hypothek in dem zwecks Befriedigung begonnenen Prozeß unterliegt.

4. Für die Kosten der Kündigung haftet das Grundstück nur, soweit sie nothwendig waren, also für die Kosten der Zustellung des Kündigungsschreibens, des Briefes, der Legitimationsurkunden, des Kündigungsvertreters und unter Umständen die Gebühren und Auslagen des mit der Kündigung betrauten Rechtsanwalts. Fuchs 405 Anm. 3; Biermann 312 Anm. 3; Turnau-Förster 618 Anm. 3; Planck 468 Anm. 2.

5. Nur für die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendigen Kosten haftet das Grundstück, also nicht die Kosten für eine Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung, wenn der Antrag zurückgenommen wird, regelmäßig nicht die Erhebungsgebühr des Rechtsanwalts (§ 117 Abs. 2 ZwVG.), wohl aber die Uebersendungskosten. Oberneck 524; Fuchs 405 Anm. 3b; Turnau-Förster 619 Anm. 3; Biermann 612 Anm. 3. Nach Schönfeld, R. 02 232 greift der Begriff der „Rechtsverfolgung" i. S. des § 1118 weiter als der im Sinne

der CPO. und bedeutet alle Maßnahmen des Gläubigers, welche geboten erscheinen, um die Befriedigung aus dem Grundstücke zu erzielen.

6. Die Zinsen und Kosten, für welche das Grundstück nach § 1118 BGB., und die Kosten der Eintragung einer Sicherungshypothek, für welche es nach § 867 Abs. 1 Satz 2 CPO. kraft Gesetzes haftet, sind von der Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossen. KGJ. **20** A 203; Biermann 311 Anm. 1; Planck 469 Anm. 3; Dernburg 632; OLG. Karlsruhe, RJA. **2** 246 f. Vgl. hierzu ferner besonders Grohmann, SächsA. **11** 299: In welcher Form sind Kosten, die über § 1118 des deutschen BGB. hinausgehen, im Grundbuch einzutragen und wie sind sie in der Zwangsversteigerung zu behandeln? Derselbe vertritt die Ansicht, daß über § 1118 hinausgehende Kosten nicht als selbständige Sicherungshypotheken, sondern nach § 1115 als Nebenleistungen einzutragen, also mit in den Text der Eintragung über die Haupthypothek hineinzunehmen, nicht unter besonderer Nummer aufzuführen sind.

7. Reinhard führt R. **02** 388 aus:

a) Jeder Hypothekengläubiger, der die gemäß § 1118 BGB. § 10 Abs. 2 ZwVG. zu ersetzenden Kosten aus dem Versteigerungserlös erstattet verlangt, muß deren Betrag — wenn auch nur dem Höchstbetrage nach — spätestens im Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten anmelden und auf Verlangen des Gläubigers glaubhaft machen, gleichviel, ob er mit seiner Hypothek in das geringste Gebot fällt oder nicht.

Spätere Geltendmachung hat den Rechtsnachtheil zur Folge, daß die Kostenansprüche bei der Vertheilung den übrigen (rechtzeitig angemeldeten oder ohne Anmeldung zu berücksichtigenden Rechten) nachstehen.

b) Dem Versteigerungsrichter steht nicht das Recht zu, die angemeldeten Kostenansprüche einer materiellen Prüfung zu unterziehen, insbesondere, ob die angemeldeten Kosten entstanden oder erstattungsfähig sind Er hat es vielmehr den leer ausgehenden Betheiligten oder dem Subhastaten zu überlassen, ob sie gegen solche Kosten Widerspruch und demnächst gegen den Liquidanten Widerspruchsklage gemäß § 115 ZwVG. erheben wollen.

§ 1119. 1. Die Eintragung der Zinserhöhung bis zu fünf vom Hundert erfolgt nach Oberneck 517 und Biermann 313 Anm. 2 auf die einseitige Bewilligung des Eigenthümers, da nur sein Recht von der Eintragung betroffen wird. Fuchs 406 Anm. 2a hält die Bewilligung beider Theile für nothwendig, da das Recht beider von der Eintragung betroffen wird, wenn auch für den Gläubiger nur eine Erweiterung seines Rechtes in Frage komme. Planck 469 Anm. 2 verlangt gleichfalls die Bewilligung des Gläubigers und des Eigenthümers sowie des etwaigen Drittberechtigten. Nach Turnau-Förster 621 Anm. 3 sind die Bewilligungen des Eigenthümers und des Gläubigers, aber nicht die des vom Eigenthümer verschiedenen persönlichen Schuldners erforderlich.

KGJ. **24** A 130, RJA. **3** 131, OLG. **4** 483: Die Zinserhöhung über 5 pCt. hinaus bedarf dann nicht der Zustimmung des Nachhypothekars, wenn wegen gleichzeitigen Wegfalls anderer in Zinsprozenten ausgedrückter Nebenleistungen keine Erweiterung der Belastung eintritt.

2. Wenn bei einer drei Grundstücke belastenden Gesammthypothek bezüglich zweier eine Zinserhöhung eingetragen werden soll, so bedarf es hierzu nicht der Bewilligung des Eigenthümers des dritten Grundstücks, bei dem der Zinssatz unverändert bleibt. KGJ. **21** A 168; Turnau-Förster 621 Anm. 3.

3. Die nachträgliche Erhöhung des Zinssatzes über fünf vom Hundert ist bei der Hypothek als Veränderung, nicht als eine selbständige Hypothek unter neuer Nummer einzutragen. Oberneck 517, Planck 470 Anm. 3, Achilles-Strecker 90, OLG. **1** 481 (Dresden). A. A. Fuchs 407 Anm. 3, Bier-

mann 313 Anm. 3 und Turnau-Förster 622 Anm. 3, welche die Eintragung der 5 pCt. übersteigenden Zinsen sowohl als Veränderung bei der Hypothek wie als neue Hypothek an letzter Stelle unter Vermerk ihres Ranges für zulässig halten; der Bildung eines Hypothekenbriefs bedürfe es im letzteren Falle nicht. Mittelstein 151 nimmt an, daß nachträglich eingetragene Zinsen über 5 pCt. hinaus den Rang des Hypothekenkapitals theilen, weil solche Zinsen nur gemäß § 880 mit Zustimmung der im Range gleich oder nachstehenden dinglich Berechtigten eingetragen werden können.

4. Zur Aenderung der Zahlungszeit und des Zahlungsorts ist nach Oberneck 518, Fuchs 407 Anm. 6 die Zustimmung des an der Hypothek Berechtigten (§ 877) nicht erforderlich. A. A. Biermann 313 Anm. 2 und Planck 469 Anm. 2.

5. Es herrscht Einigkeit darüber, daß zur Herabsetzung des Zinssatzes und Löschung der Zinsdifferenz, wie zu jeder theilweisen Aufhebung der Hypothek die Zustimmung des Eigenthümers erforderlich ist. Biermann 314 Anm. 5, Oberneck 518.

Wird die Hypothek zu einem geringeren Zinssatz als dem bisherigen abgetreten, so ist es nach Biermann 314 Anm. 5 Sache der Auslegung, ob der bisherige Gläubiger sich die Differenz hat vorbehalten oder zu Gunsten des Eigenthümers hat aufheben wollen; im ersten Falle liege eine Abtretung eines Theilanspruchs, nicht aber ein Vorbehalt eines Nießbrauchs vor. Ebenso Planck 543 Anm. 2. A. A. Turnau-Förster 622 Anm. 5, der einen Vorbehalt eines Nießbrauchs an dem abgetretenen Kapital in Höhe der vorbehaltenen Zinsdifferenz konstruirt. Die Bildung eines Theilbriefs über die nicht abgetretenen Prozente hält er nur für den Fall erforderlich, daß die Hypothek für die vorbehaltenen Prozente abgetreten werden soll. Hat sich der abtretende Gläubiger die Zinsdifferenz nicht vorbehalten, so behalte weder der Zedent, noch erwerbe der Eigenthümer ein Recht darauf. Das Hypothekenrecht für die Zinsdifferenz bleibe bis zur Löschung bestehen; der frühere Zinssatz könne nur unter Mitwirkung des Eigenthümers wiederhergestellt werden.

§ 1120. 1. In der Literatur wird allgemein hervorgehoben, daß die §§ 1120—1131, welche den Umfang der hypothekarischen Haftung betreffen, die Haftungsgegenstände nicht erschöpfend aufzählen. Denn sie erwähnen das Grundstück und seine ungetrennten Bestandtheile gar nicht, weil deren Haftung schon aus der Begriffsbestimmung der Hypothek folgt, bestimmen vielmehr nur, worauf sich die Haftung noch weiter erstreckt und inwieweit Gegenstände, die an sich der Haftung unterliegen, von ihr frei werden. Sämmtliche Schriftsteller, welche sich mit der Auslegung der §§ 1120 ff. befaßt haben, erörtern zunächst die Haftung des Grundstücks und seiner ungetrennten Bestandtheile.

2. Das Grundstück haftet dem Hypothekengläubiger in dem räumlichen Umfange, den es zur Zeit der Eintragung der Hypothek hat; werden Flächentheile nach der Eintragung abgeschrieben, so bleiben sie mitverhaftet, sofern nicht durch Verzicht des Gläubigers oder Unschädlichkeitsbescheinigung der zuständigen Behörde eine Entlastung herbeigeführt wird. Dernburg 633, Turnau-Förster 628, Oberneck 526, Fuchs 408 Anm. 2a, Biermann 315 Anm. 1.

Den räumlichen Umfang des Grundstücks ergiebt das Grundbuch und das ihm zu Grunde liegende amtliche Verzeichniß, nach welchem die Grundstücke gemäß § 2 Abs. 2 GBO. in dem Grundbuche zu bezeichnen sind. Die thatsächlichen Angaben des Grundbuchs über die Größe des Grundstücks stehen aber nicht unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs; deshalb ist, wenn die Größe unrichtig angegeben ist, nur der wirkliche Bestand des Grundstücks für

den Umfang der Haftung maßgebend. Wird vor Eintragung der Hypothek ein Trennstück an einen Anderen aufgelassen und auf ein neues Grundbuchblatt übertragen, auf dem bisherigen Grundbuchblatt aber nicht abgeschrieben, so erwirbt auch der gutgläubige Hypothekengläubiger kein Recht an dem aufgelassenen Trennstücke. So im Anschluß an die Motive Turnau-Förster 627, Fuchs 408 Anm. 2, Predari 29, 34 ff., Planck III 488 Anm. 2 zu § 1131, Oberneck 526.

3. Die natürlichen An- und Zuwüchse des Grundstücks (Anlandung, entstehende Insel, verlassenes Flußbett) treten in die Hypothekenhaftung ein, wenn sie Bestandtheile des Grundstücks werden. Darüber, ob sie Bestandtheile werden, entscheidet das Landesrecht. Turnau-Förster 627, Fuchs 409 Anm. 3b, Oberneck 527 f. Nach Planck III 489 Anm. 4 müssen die hinzukommenden Flächenabschnitte wesentliche Bestandtheile im Sinne des § 93 sein, wenn eine Erweiterung der Haftung eintreten soll.

4. Gebäude haften mit allen ihren Bestandtheilen für die Hypothek, wenn sie (wesentliche) Bestandtheile des Grundstücks geworden sind, gleichgültig, ob sie vor oder nach Entstehung der Hypothek errichtet sind. Oberneck 528; Fuchs 409 Anm. 3c; Turnau-Förster 628 Note g; Biermann 315 Anm. 1b.

Gegen eine Mobiliarexekution in Gebäude, welche wesentliche Bestandtheile des Grundstücks geworden sind, ist nach Oberneck 530 der Widerspruch des § 771 CPO., nach Fuchs 410 Anm. 3d auch die Beschwerde des § 766 CPO. zulässig.

5. Errichtet der Eigenthümer zweier benachbarter Grundstücke, für welche besondere Grundbuchblätter angelegt und welche verschieden belastet sind, auf ihnen ein einheitliches, bestimmungsgemäß nicht theilbares Gebäude (z. B. eine Fabrik), so gelangen nach der Ansicht von Oberneck 529, die sich auf eine preußischrechtliche Entscheidung des Reichsgerichts (15 249) stützt, die Hypothekengläubiger der beiden Grundstücke durch eine von ihrem Willen unabhängige Handlung in eine zufällige Gemeinschaft. Die beiden Grundstücke haben zwar im Grundbuch ihre Selbständigkeit behalten, aber in Wirklichkeit existiren sie nicht mehr als individuelle Vermögensobjekte, weil sie Substanztheile eines neu entstandenen Ganzen geworden sind. Dieser Umstand hindert den Gläubiger, dessen Recht nur auf einem der beiden Grundstücke eingetragen ist, sein Recht zu realisiren, bevor nicht die Gemeinschaft mit den Gläubigern des anderen Grundstücks dadurch aufgelöst ist, daß entweder beide Grundstücke zusammen veräußert werden oder daß nach Maßgabe der gegebenen Werthfaktoren das bisherige Recht an dem Einzelgrundstück in ein Recht an einem Idealantheil an den verbundenen beiden Grundstücken umgesetzt wird. Gegen diese Ansicht wenden sich Turnau-Förster I 629. Zwischen den Gläubigern der beiden Grundstücke bestehe irgend welche rechtlich anerkannte Gemeinschaft nicht. Ihr gemeinsames ökonomisches Interesse an der Nichttheilung der beiden Grundstücke finde im Rechte keine Anerkennung. Auch könne davon keine Rede sein, daß den Gläubigern das ganze Gebäude zu ideellen Antheilen hafte. Werden bei einer Zwangsversteigerung beide Grundstücke zusammen zugeschlagen, so sei der auf das Gebäude fallende Theil des Erlöses nach Verhältniß der bebauten Grundflächen unter die Gläubiger zu vertheilen. Der Gläubiger, welchem nur das eine Grundstück haftet, sei nicht in der Lage, wenn er nicht zugleich persönlicher Gläubiger sei, das andere Grundstück zur Versteigerung zu bringen. Dem Ersteher des einen Grundstücks könne nur dieses Grundstück mit dem darauf stehenden Gebäudetheile zugeschlagen werden. Ob der Gläubiger des anderen Grundstücks auf Grund des § 1134 Abs. 1 wegen Entwerthung seines Grundstücks der Zwangsversteigerung widersprechen könne, sei nicht zweifellos.

6. Im Falle des Ueberbaues haftet den Hypothekengläubigern des überbauten Grundstücks nur die Ueberbaurente; der Ueberbau haftet als Theil des ganzen Gebäudes den Hypothekengläubigern des anderen Grundstücks. Wird der überbaute Theil des Grundstücks nach § 915 dem Eigenthümer des Ueberbaues abgetreten, so erlöschen dadurch die an dem überbauten Theile bestehenden Hypotheken nicht, der Eigenthümer desselben ist nur dem anderen Eigenthümer zu ihrer Beseitigung nach §§ 434, 915 Abs. 1 Satz 2 verpflichtet. Biermann 315 Anm. 1b und Turnau-Förster 629.

7. Ungetrennte Erzeugnisse des Grundstücks, welche wesentliche Bestandtheile sind, haften dem Hypothekengläubiger.

a) Der ältere Hypothekengläubiger verhindert durch die Beschlagnahme des Grundstücks, daß der jüngere Nießbraucher oder dessen Miether oder Pächter die Erzeugnisse mit der Trennung erwirbt. Der rangbevorrechtigte Nießbraucher kann aber der Beschlagnahme ungetrennter Früchte seitens des jüngeren Hypothekengläubigers widersprechen; aber auch der jüngere Nießbraucher kann die Rechte ausüben, die dem Schuldner trotz der Beschlagnahme nach §§ 23 Abs. 2, 24 ZwVG. verbleiben. Oberneck 531, 532 und Fuchs 410 Anm. 3d aa.

b) Jeder Hypothekengläubiger hat gegen eine nach der Beschlagnahme des Grundstücks erfolgte Pfändung stehender und hängender Früchte die Beschwerde aus § 766 CPO. Fuchs 410 Anm. 3d bb und Biermann 315 Anm. 1c.

Werden die Früchte vor der Beschlagnahme gepfändet, so kann der Hypothekengläubiger einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös auf Grund des § 805 CPO. nach Fuchs a. a. O. gegen den Pfändungspfandgläubiger nicht geltend machen. A. A. Jaeckel, Kommentar zu ZwVG. 9.

c) Persönliche Rechte auf den Fruchtgenuß müssen dem Rechte des Hypothekengläubigers weichen; eine Ausnahme macht § 21 Abs. 3 ZwVG. für das Recht des Pächters. Oberneck 532, Fuchs 411 Anm. 3 A d cc, Planck 413 Anm. 5c.

Der Hypothekengläubiger kann gegenüber einem persönlichen Gläubiger des Eigenthümers, welcher die auf dem Grundstücke noch vorhandenen, getrennten, die Zubehöreigenschaft nicht besitzenden Erzeugnisse des Grundstücks hat pfänden lassen, sein ihm auf diese Erzeugnisse nach § 1120 BGB. zustehendes Vorrecht nur durch Beantragung der Zwangsversteigerung in das Grundstück beziehungsweise, soweit es sich um land- und forstwirthschaftliche Erzeugnisse handelt, der Zwangsverwaltung (§§ 21 Abs. 1, 148 ZwVG. vom 24. März 1897) sichern, nicht aber im Wege der Klage nach § 805 CPO. Maas, Puchelts Z. **31** 357. Vgl. Ziff. 10 zu § 1121 und o. zu § 929 Note 8 a E.

8. Unter Trennung ist nach Turnau-Förster 631 Anm. 4 II, Fuchs 412 Anm. 5a und Planck 473 Anm. 2c eine Lösung vom Boden oder vom Gebäude zu verstehen, bei welcher die Theile dauernd oder vorübergehend beweglich werden, dagegen nicht eine bloß symbolische Trennung durch Abschreibung, Zeichen, Anschläge u. s. w.

9. Die getrennten Bestandtheile haften für die Hypothek, es sei denn, daß sie mit der Trennung nicht Eigenthum des Grundstückseigenthümers oder Eigenbesitzers bleiben. Der Dritte, der ihre Nichthaftung geltend macht, hat sein Eigenthum zu beweisen. Fuchs 412 Anm. 5c; Planck 473 Anm. 2b.

10. Bestandtheile gehen mit der Trennung vom Grundstück in das Eigenthum eines Anderen über, wenn der Andere vermöge eines Nießbrauchs oder Erbbaurechts an dem Grundstücke befugt ist, sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandtheile des Grundstücks anzueignen, ohne daß die Voraussetzungen der §§ 955 bis 957 vorliegen, oder ihm muß ein obligatorischer Anspruch (z. B. auf

(Grund eines Pachtvertrags) gegen denjenigen, welchem die Erzeugnisse oder sonstigen Bestandtheile nach der Trennung gehören, zustehen und der Besitz des Grundstücks überlassen sein. Planck 473 Anm. 2b; Fuchs 412 Anm. 5cβ; Oberneck 534.

11. Streitig ist, ob getrennte Bestandtheile auch dann aus der Hypothekenhaftung ausscheiden, wenn das Recht des Anderen auf Aneignung der Bestandtheile jünger ist als die Hypothek. In verneinendem Sinne äußern sich im Anschluß an die Denkschrift zu § 21 des Entwurfs des Zwangsversteigerungsgesetzes Fuchs 412f. Anm. 5cβ; Biermann 316 Anm. 2; Fischer-Schäfer, Zw.VG. 123 Anm. 1bα; Maenner 285; Turnau-Förster 631 Anm. B II. Diese Ansicht bekämpft Planck 473 Anm. 2b, weil sie im Widerspruche sowohl mit dem Wortlaute des § 1120 stehe wie mit dem gesetzgeberischen Gedanken, daß der Eigenthümer in der Lage sein soll, nicht nur durch einen Pachtvertrag, sondern auch durch Bestellung eines Nießbrauchs oder durch unentgeltliche Gestattung der Fruchtziehung unter Einräumung des Besitzes des Grundstücks über die getrennten Früchte zu verfügen und sie gleich mit ihrer Trennung der hypothekarischen Haftung zu entziehen.

12. Die vor Begründung der Hypothek getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandtheile werden, wie Planck 474 Anm. 2e und Biermann 316 Anm. 2 hervorheben, von der hypothekarischen Haftung nicht ergriffen.

13. Werden Erzeugnisse oder Bestandtheile verarbeitet (§ 950), oder mit anderen Sachen verbunden, vermischt oder vermengt (§§ 947, 948), so daß das Eigenthum des Eigenthümers oder Eigenbesitzers des Grundstücks erlischt, so erlischt nach Biermann 316 Anm. 2 auch die hypothekarische Haftung, und zwar selbst dann, wenn der Eigenthümer des Grundstücks die Verarbeitung vorgenommen hat.

14. Die Hypothek erstreckt sich nach der herrschenden Ansicht auf das bei Begründung der Hypothek vorhandene und das später angeschaffte, in das Eigenthum des Grundstückseigenthümers gelangte Zubehör. Oberneck 536; Fuchs 413 Anm. 6b; Biermann 316 Anm. 3; Planck 477 Anm. 3; Turnau-Förster 632 Anm. B III.

15. v. Brünneck, Gruchots Beitr. **44** 98ff. erörtert die Frage, ob das vom Eigenthümer dem Pächter veräußerte Inventar für die Hypothek verhaftet bleibt. Er bejaht die Frage zu Gunsten der zur Zeit der Veräußerung bereits bestehenden Hypotheken, weil sich die Inventarstücke vor ihrer Veräußerung im Eigenthume des Grundstückseigenthümers befunden haben. Bei neuer hypothekarischer Belastung des Gutes könne der Eigenthümer das von ihm dem Pächter verkaufte und übergebene Inventar dem Hypothekengläubiger nicht mitverpfänden. Er begründet diese Ansicht durch Heranziehung der §§ 1121 und 892, welche sich gleichfalls nur auf bestehende Rechte beziehen. Zustimmend Biermann 316 Anm. 3.

16. Wenn bei dem Erwerbe der Zubehörstücke durch den Grundstückseigenthümer der Veräußerer sich das Eigenthum vorbehalten hat, so schließt nach Planck 474 Anm. 3 unter Hinweis auf RG. **44** 288 dieser Vorbehalt die Unterwerfung der Zubehörstücke unter die Hypothek aus.

17. Den Hypothekengläubern, deren Hypothek nur den Antheil eines Miteigenthümers belastet, haften die einem anderen Miteigenthümer gehörenden Zubehörstücke nach Fuchs 413 Anm. 6b; Turnau-Förster 632 Anm. B III und Planck a. a. O. nicht, weil unter dem Eigenthümer der dingliche Schuldner des Hypothekengläubigers zu verstehen sei.

18. Der gute Glaube des Hypothekengläubigers an das Eigenthum des Hypothekenbestellers ersetzt den Mangel des Eigenthums nicht; der § 892 bezieht

sich nicht auf Rechte an Zubehörstücken. So Biermann 316 Anm. 3; Planck a. a. O.

19. Das Zubehör unterliegt nur der Liegenschaftszwangsvollstreckung; gegen eine Pfändung kann jeder Hypothekengläubiger Beschwerde aus § 766 CPO. und Klage aus § 771 CPO. erheben. Oberneck 537; Planck 471 Vorbem. 3b; nach Fuchs 414 Anm. 6d auch gegen die Pfändung eines älteren Hypothekengläubigers.

20. Aus der Praxis. **RG. 46** 171 (JW. **00** 641) **47** 197 (JW. **01** 184).

Die §§ 1120 ff. haben insofern rückwirkende Kraft, als Theile und Zubehörstücke, welche nach den Vorschriften des BGB. in Abweichung vom früheren Rechte zu der dem Hypothekenrecht unterliegenden Immobiliarmasse gehören, oder nicht gehören, mit dem 1. 1. 00 ohne Weiteres in die hypothekarische Haftung eintreten oder aus derselben ausscheiden. Vgl. Art. 192 EG. z. BGB.

RG. JW. **01** 382: Für die Anwendung des § 1120 ist der gute Glaube des Hypothekengläubigers gleichgültig. Vgl. **RG. 49** 106 (JW. **01** 785) hinsichtlich des Uebergangsrechts.

§ 1121. 1. Unter Veräußerung ist nach Fuchs 415 Anm. 3, Matthiaß § 56 II 153, Planck 475 Anm. 2, Biermann 317 Anm. 2, Turnau-Förster 645 Anm. III nicht das obligatorische Rechtsgeschäft, sondern die Eigenthumsübertragung einschließlich der Besitzübergabe zu verstehen. Keine Veräußerung ist nach Ansicht derselben Schriftsteller und Oberneck 537 die bloße Belastung mit Nießbrauch, Faustpfand, Pfändungspfandrecht; a. A. für den Nießbrauch Böhm 169 Anm. 2.

Die Veräußerung kann freiwillig oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter erfolgen.

2. Entfernung ist nicht identisch mit Trennung im Sinne des § 1120, auch nicht mit Besitzübergabe; es muß das Wegschaffen von dem Grundstücke hinzukommen. Planck 475 Anm. 3, Fuchs 415 Anm. 4.

3. Guter Glaube des Erwerbers von Erzeugnissen und sonstigen Bestandtheilen des Grundstücks sowie Zubehörstücken ist in Ansehung der Hypothek nicht erforderlich, wenn die Veräußerung und die Entfernung vor der Beschlagnahme erfolgt sind. Daß letzteres der Fall war, hat aber der Erwerber zu beweisen. Biermann 317 Anm. 2.

4. Die Beschlagnahme der Erzeugnisse und sonstiger Bestandtheile kann nach der herrschenden Ansicht bewirkt werden entweder durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundstücks, oder durch Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen oder durch eine einstweilige Verfügung oder im Wege des Arrestes. Dernburg 635, Oberneck 525, 537, Planck III 471 f., Vorbem. 3a, b, c zu §§ 1120 ff., Turnau-Förster 646 Anm. IV, Biermann 317 Anm. 2.

A. A. Fuchs 416 f. Anm. 6, welcher nur solchen Beschlagnahmemaßregeln Wirkung beilegt, die ein Veräußerungsverbot enthalten. Zu diesen zählt er die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung des Grundstücks, und zwar auch die zur Vollziehung einer einstweiligen Verfügung angeordnete Zwangsverwaltung, ferner die einstweilige Verfügung, durch welche dem Eigenthümer die Verfügung über einzelne getrennte Bestandtheile oder über einzelne Zubehörstücke oder durch welche dem Dritten der Erwerb oder die Entfernung derselben verboten wird (§§ 1134, 1135). Dagegen spricht er der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen den Charakter einer Beschlagnahme im Sinne des § 1121 ab.

5. Der gute Glaube des Erwerbers kommt nur in Frage, wenn die Beschlagnahme erfolgt, ehe Veräußerung und Entfernung vollendet ist. Der

§ 1121 Abs. 2 modifizirt die Vorschriften, die zu Gunsten derjenigen bestehen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten. Fuchs 418 Anm. 7.

6. Sind Theile oder Zubehörstücke veräußert, aber noch vor ihrer Entfernung vom Grundstücke beschlagnahmt, so muß der Erwerber die Hypothek gegen sich gelten lassen, auch wenn er keine Kenntniß von der Hypothek hatte. Fuchs 418 Anm. 7a, Planck 476 Anm. 4a, Biermann 318 Anm. 3b.

7. Ist die Entfernung vor der Veräußerung erfolgt und ist zur Zeit der Veräußerung der Erwerber in Ansehung der Hypothek in gutem Glauben, so gilt nach Biermann 318 Anm. 3c, Fuchs 418 Anm. 7c und Planck 476 Anm. 4c Folgendes: Ist in diesem Zeitpunkte die Beschlagnahme noch nicht bewirkt, so ist die Haftung erloschen. Ist sie bewirkt und ist der Erwerber in Ansehung ihrer gutgläubig, so gilt das Gleiche; ist er bösgläubig, so erhält sich die Haftung.

8. Der Hypothekengläubiger hat zu beweisen, daß der Erwerber bei der Entfernung die Beschlagnahme kannte oder nur in Folge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Der Kenntniß der Beschlagnahme steht die Kenntniß des Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsantrags (§§ 23 Abs. 2, 146 ZwVG.) gleich. Die Beschlagnahme gilt auch in Ansehung der mithaftenden beweglichen Sachen als bekannt, sobald der Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsvermerk im Grundbuch eingetragen ist. So Fuchs 418 Anm. 7b, Turnau-Förster 646 f. Anm IV 2, Planck 476 Anm. 4b, Biermann 318 Anm. 2a, OLG. 3 341 (Kiel).

9. Othmer, Rechtl. Wirkung der Vormerkung 84 ff. hebt hervor, daß die Bestimmungen der §§ 1121—1131 sich auch auf vorgemerkte Hypotheken beziehen.

10. Das OLG. Dresden hat entschieden: Aus § 865 Abs. 2 CPO. in Verbindung mit § 1121 folgt, daß bis zu einer Beschlagnahme im Sinne der §§ 148, 151 ZwVG. die persönlichen Vollstreckungsgläubiger die der Hypothek unterfallenden Gegenstände der Immobiliarmasse und insbesondere die Grundstückserzeugnisse, soweit sie nicht die Eigenschaft von Zubehörungen (vgl. Note 3 zu § 1121) haben, im Wege der Pfändung endgültig zu ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen dürfen. Ein Widerspruchsrecht, wie es § 206 Abs. 2 des Pr. ZwVG. kannte, ist den Realgläubigern nicht gegeben und folgt auch nicht aus § 1120, da nach § 1121 das Recht der Realgläubiger der Veräußerung der fraglichen Gegenstände nicht entgegensteht, sich demgemäß die Realgläubiger auf § 771 CPO. nicht berufen können. Ist der Grundstückseigenthümer in Konkurs gerathen, so hat der Konkursverwalter bis zur Beschlagnahme des Grundstücks die Grundstückserzeugnisse zur Masse zu ziehen, ohne daß den Realberechtigten ein Recht auf Befriedigung aus denselben zuständе. SächsOLG. **23** 339.

Der Konkursverwalter ist nicht berechtigt, bewegliches Zubehör eines Grundstücks zur Konkursmasse zu ziehen. Die persönlichen Gläubiger sind nach § 865 Abs. 2 CPO. zur Befriedigung aus solchen Zubehörstücken nicht befugt. Ein solches Recht ist ihnen auch im Falle des Konkurses durch Handlungen des Verwalters nicht gewährt. OLG. **4** 368 (Dresden).

§ 1122. 1. Nach der herrschenden Ansicht muß die Trennung der Erzeugnisse oder Bestandtheile des Grundstücks innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft erfolgen, nicht aber auch die Entfernung vom Grundstücke. So Biermann 319 Anm. 1b, Planck 477 Anm. 2, Fuchs 416 Anm. 5, Turnau-Förster 648 Anm. 1. A. A. Fischer und Schäfer, ZwVG. 129.

2. Erzeugnisse oder Bestandtheile gelten als vom Grundstück auch dann entfernt, wenn sie auf ein anderes Grundstück desselben Eigenthümers geschafft

werden und zwar nach Planck 478 Anm. 2 selbst dann, wenn dieses für die Hypothek haftet. Biermann 319 Anm. 1 b verlangt jedoch in einem solchen Falle, daß das andere Grundstück entweder nicht ebenfalls mit derselben Hypothek belastet ist, oder, wenn dies der Fall sein sollte, daß es auf einem besonderen Grundbuchblatte verzeichnet ist. Aber auch nach Ansicht von Planck scheiden Erzeugnisse oder Bestandtheile nicht aus der Haftung aus, wenn sie sofort bei der Entfernung von dem einen Grundstücke Bestandtheile oder Zubehör des anderen mithaftenden Grundstücks werden.

3. Biermann 319 Anm. 1 c sieht in der Verpfändung eine Entfernung zu einem vorübergehenden Zwecke, da der Eigenthümer regelmäßig darauf rechne, daß ihm die Wiedereinlösung glücke. Die Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung sieht er dagegen nicht als eine Entfernung zu einem vorübergehenden Zwecke an, da sie zum Zwecke der Befriedigung, nicht bloß zum Zwecke der Sicherung des Gläubigers vorgenommen wird. Nach Fuchs 416 Anm. 5 ist auch die Pfändung und Fortschaffung durch den Gerichtsvollzieher keine dauernde Trennung vom Grundstücke.

Planck 477 Anm. 2 sieht sowohl in der Verpfändung wie in der Pfändung keine Entfernung zu einem vorübergehenden Zwecke.

4. Fuchs 416 Anm. 6 und Biermann 319 Anm. 1 c legen dem Eigenthümer die Beweislast dafür auf, daß die Trennung der Bestandtheile oder Erzeugnisse innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft und die Entfernung vor der Beschlagnahme erfolgt ist. Der Hypothekengläubiger hat zu beweisen, daß die getrennten und entfernten Sachen Bestandtheile oder Erzeugnisse sind (Fuchs a. a. O.) und daß die Entfernung nicht zu einem vorübergehenden Zwecke stattgefunden hat. Biermann a. a. O.

5. Die Zubehöreigenschaft einer Sache wird aufgehoben, wenn dieselbe dauernd vom Grundstücke getrennt wird, aber auch dann, wenn sie auf dem Grundstücke verbleibt, jedoch eine der im § 97 Abs. 1 angeführten Voraussetzungen fortfällt, z. B. wenn die Sache dauernd zu anderen Zwecken als für den wirthschaftlichen Zweck des Grundstücks benutzt wird (Planck 478 Anm. 3) oder wenn das räumliche Verhältniß, welches der Bestimmung des Zubehörs, dem wirthschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen, entspricht, in der Absicht beseitigt wird, die Zubehöreigenschaft aufzuheben. Biermann 319 Anm. 2a; Oberneck 538.

6. Zubehörstücke werden nach Planck 478 Anm. 3 dadurch, daß sie zum Faustpfande gegeben und vom Grundstück entfernt werden, nicht von der Hypothek frei, weil bei der Entfernung auf Grund einer Verpfändung eine Aufhebung der Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft nicht eintritt.

§ 1123. 1. Unter Verweisung auf die Motive III 657 wird von den meisten Schriftstellern hervorgehoben, daß die Haftung der Pachtzinsforderung an die Stelle der Haftung der dem Pächter gebührenden Früchte tritt, welche durch die Vorschrift des § 21 Abs. 3 ZwVG. dem Zugriffe der Hypothekengläubiger entzogen sind. Deshalb haftet die Pachtzinsforderung gerade so wie die Früchte, wenn das Grundstück nicht verpachtet ist. Das Gleiche gilt von der Miethzinsforderung; auch sie tritt an Stelle der dem Miether gebührenden Nutzung, die diesem trotz einer Beschlagnahme des Grundstücks nach §§ 57, 152 ZwVG. verbleibt. So Planck 478 f. Anm. 1; Turnau-Förster 649 Anm. 2; Biermann 320 Anm. 1; v. Brünneck, Gruchots Beitr. 44 104.

Müller, Seuff. Bl. 66 8 betont, daß die Erstreckung der Hypothek auf Mieth- und Pachtzinsforderung durch einen Vertrag mit dinglicher Wirkung nicht hintangehalten werden kann.

2. Nach Biermann 320 Anm. 1 erstreckt sich die Hypothek nur auf die Mieth- oder Pachtzinsforderung, welche dem Eigenthümer, dem Eigenbesitzer oder einem an dem Grundstücke Berechtigten zusteht, dessen Recht der Hypothek im Range nachsteht. Dagegen Dernburg 637 § 229 1, welcher keinen Unterschied macht, ob der Eigenthümer oder der Eigenbesitzer oder ein Besitzer anderer Art vermiethet oder verpachtet hat.

3. Planck 479 Anm. 2: Die Haftung der Mieth- und Pachtzinsforderung beginnt nicht erst mit der Beschlagnahme des Grundstücks, sondern mit der Hypothekbestellung oder der späteren Entstehung des Mieth- oder Pachtverhältnisses; sie erstreckt sich nicht etwa nur auf die zur Zeit der Beschlagnahme noch nicht fälligen und auch nicht auf die erst nach der Hypothekenbestellung fällig werdenden Forderungen, sondern grundsätzlich auf alle Zinsbeträge, welche für die Zeit nach der Bestellung der Hypothek zu entrichten sind. Zustimmend Biermann 320 Anm. 1, der gleichfalls annimmt, daß es auf die Fälligkeit der Forderung nicht ankomme, und daß nur derjenige Zins von der Hypothek frei sei, der für die der Bestellung der Hypothek voraufgehende Zeit geschuldet wird. Fuchs 420 Anm. 1 und Turnau-Förster 649 Anm. 5. A. A. Dernburg 637 § 229 I und Oberneck 540, welche nur die nach der Hypothekenbestellung fällig werdenden Forderungen der Haftung der Hypothek unterwerfen wollen.

4. Die Hypothek an der Mieth- oder Pachtzinsforderung wird durch Pfändung oder Zwangsverwaltung geltend gemacht. Oberneck 539; Fuchs 421 Anm. 4; Planck 479 Anm. 3; Biermann 320 Anm. 2; Turnau-Förster, Anm. 3 zu § 1124. Nach Fuchs 422 Anm. 4b hat die Pfändung aber nicht die Wirkung einer Beschlagnahme, nicht die Kraft, eine Befreiung aus § 1123 Abs. 2 und eine Verfügung aus § 1124 dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam zu machen. Sie rangire mit anderen Pfändungen nach dem Alter der Pfändungen, aber nicht nach dem Alter des dem Vollstreckungstitel zu Grunde liegenden Rechtes. Der Pfändung könne ein anderer älterer oder jüngerer Hypothekengläubiger durch Ausbringung der Zwangsverwaltung entgegentreten.

5. Bei der Einziehung der im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändeten und überwiesenen Mieth- und Pachtzinsforderungen kann nach Biermann 320 Anm. 2; Planck 479 Anm. 4 und v. Brünneck, Gruchots Beitr. **44** 105 ff. der Gläubiger auch die akzessorischen Rechte, insbesondere das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers und Verpächters an den eingebrachten Sachen des Miethers geltend machen. v. Brünneck schließt aber das Pfandrecht an den Früchten eines verpachteten landwirthschaftlichen Grundstücks (§§ 559—563, 585) aus, weil sonst dem Pächter das ihm durch § 1120 gewährte Recht wieder genommen würde. Planck hält dieser Ansicht entgegen, daß der Hypothekengläubiger nur das Recht des Verpächters ausüben könne und daß die Rechte des Pächters nicht geschmälert werden, wenn das Pfandrecht des Verpächters nicht von diesem, sondern von dem Hypothekengläubiger ausgeübt wird.

Turnau-Förster 650 Anm. 6 stellen in Abrede, daß der Hypothekengläubiger das gesetzliche Pfandrecht des Hypothekengläubigers ausüben könne.

6. Die Bestimmung, daß die Beschlagnahme spätestens innerhalb eines Jahres nach der Fälligkeit der einzelnen Zinsrate erfolgen muß, widrigenfalls ihre Haftung erlischt, gilt uneingeschränkt nur für den Regelfall, daß der Zins am Ende der Mieth- oder Pachtzeit oder nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten ist. Planck 479 Anm. 5.

7. Schneider, A.civPr. **90** 444 beantwortet die Frage, welchen Vorzug denn überhaupt der Hypothekengläubiger durch die ein Jahr dauernde Haftung der Forderungen vor anderen Gläubigern genießt, dahin: Die Haftung hat — abgesehen von der gesicherten Aussicht auf die Eingänge der kommenden Zeit — während jenes Jahres insofern eine Rechtswirkung, als bei etwaiger Konkurseröffnung die haftende Forderung dem Hypothekengläubiger vorbehalten bleibt (§ 47 KO.) und bei Einleitung einer Zwangsversteigerung in deren bequemeren Formen zur Verwerthung gebracht werden kann.

§ 1124. 1. Als Verfügungen kommen außer der Einziehung und Uebertragung der Forderung sowie Veräußerung des Grundstücks ohne die Forderung noch folgende in Betracht: Erlaß, Tilgung durch Hingabe an Zahlungsstatt, durch Hinterlegung oder Aufrechnung. So Biermann 321 Anm. 1; Planck 480 Anm. 1; Fuchs 420 Anm. 3a; Turnau-Förster 651 Anm. 4; ferner Hinterlegung gemäß § 378 und Verpfändung: Fuchs und Turnau-Förster a. a. O. Die Verfügung über die Forderung kann durch Rechtsgeschäft, aber auch im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen. Biermann 321; Planck III 480 Anm. 1; OLG. **4** 229 (Dresden). Auch Bendix, Privatr. 609 hebt hervor, daß nicht nur die rechtsgeschäftliche, sondern auch die gegen den Vermiether oder Verpächter im Wege des Zwanges, z. B. durch Pfändung seitens eines persönlichen Gläubigers, bewirkte Verfügung gemeint ist. Vgl. auch Bendix, JW. **02** 58.

2. Die Bestellung eines Nießbrauchs am Grundstück enthält eine Verfügung über die Zinsforderung. Biermann 321 Anm 1; OLG. **4** 328 (KG.); Seuff. A. **57** 364f., wo es heißt: Der Nießbraucher, dessen Recht vor der Einleitung der Zwangsverwaltung begründet ist, hat Anspruch auf die Miethzinsen des laufenden und des folgenden Kalendervierteljahrs, da in der Einräumung des Nießbrauchs eine Verfügung i. S. des § 1124 BGB. zu erblicken ist. Der voreingetragene Hypothekengläubiger kann diese Miethzinsen auch nicht auf Grund des § 1047 BGB. begehren, da diese Vorschrift eine Verpflichtung nur dem Eigenthümer gegenüber enthält.

3. Wenn ein Dritter Rechte an der Forderung erlangt hat, bevor diese zu Gunsten des Hypothekengläubigers in Beschlag genommen ist, so ist die mit den Rechten des Dritten belastete Forderung zur Grundstückszwangsverwaltungsmasse zu ziehen; bei der Vertheilung ist der Dritte in erster Reihe zu berücksichtigen. Planck 480 Anm. 1; Turnau-Förster 651 Anm. 3; Bendix, JW. **02** 58.

4. Ueberweisung der Zinsforderung zur Einziehung ist nicht Uebertragung, sondern Belastung der Forderung. Fuchs 420 Anm. 3; Turnau-Förster 651 Anm. 3.

Hat der Eigenthümer den Zins eingezogen, so ergreift das dingliche Recht des Hypothekengläubigers nicht das Geld. Biermann 321 Anm. 1; Turnau-Förster 651 Anm. 4; Planck 480 Anm. 1.

5. Der Miether oder Pächter, der den Mieth- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr gezahlt hat, kann von dem Hypothekengläubiger oder, wenn die Zwangsverwaltung angeordnet ist, von dem Verwalter zur nochmaligen Zahlung genöthigt werden. Turnau-Förster 652 Anm. 5; Planck 481 Anm. 2; Biermann 322 Anm. 2.

An den Zessionar oder Pfandgläubiger des Vermiethers oder Verpächters kann sich der Hypothekengläubiger nach Ansicht von Planck und Biermann a. a. O. nicht halten, weil weder die Voraussetzungen der ungerechtfertigten Bereicherung noch die der unerlaubten Handlungen vorliege. A. A. Fuchs 421 Anm. 4a.

Zahlt der Miether oder Pächter nach der Beschlagnahme, aber bevor sie ihm bekannt gemacht oder ihm ein Zahlungsverbot zugestellt worden ist, an den Vermiether oder Verpächter, so haften diese dem Hypothekengläubiger nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung, der unerlaubten Handlung oder auch der Geschäftsführung ohne Auftrag, je nachdem sie gutgläubig sind oder nicht. Planck 481 Anm. 3; Fuchs 421 Anm. 4a.

Hat der Miether oder Pächter den vertragsmäßig für eine längere als die im § 1124 Abs. 2 bestimmte Zeit im Voraus zu zahlenden Zins an den im Konkurse des Eigenthümers bestellten Konkursverwalter gezahlt, obwohl ihm gegenüber die Verwaltungsbeschlagnahme gemäß § 22 Abs. 2 ZwVG. wirksam geworden ist, so kann er von dem Zwangsverwalter von Neuem auf Zahlung des Zinses in Anspruch genommen werden Fuchs 421 Anm. 4aa und Turnau-Förster I 653 Anm. 5. Während aber nach Turnau-Förster das Gleiche gilt, wenn die Beschlagnahme zu Gunsten des Hypothekengläubigers erst nach der Einziehung des Zinses zur Konkursmasse erfolgt, nimmt Fuchs an, daß in einem solchen Falle der Miether oder Pächter in gleichem Maße befreit ist, wie wenn er dem nicht im Konkurse befindlichen Eigenthümer gezahlt hätte, also nicht in Ansehung des Zinses, den er für eine spätere Zeit als das zur Zeit des Wirksamwerdens der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr an den Konkursverwalter gezahlt hat.

§ 1125. 1. Der Paragraph besagt, daß die Aufrechnung nur in demselben Umfange zulässig ist, in welchem über den Zins rechtswirksam Vorausverfügungen getroffen werden können. Biermann 322; Turnau-Förster I 653.

2. Dernburg § 229 Anm. I 4b und Biermann 322 übertragen die Bestimmungen über das Aufrechnungsrecht auch auf das Zurückbehaltungsrecht. Der Miether dürfe z. B. wegen Verwendungen auf die Sache auch dem Hypothekengläubiger gegenüber den für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr geschuldeten Zins zurückhalten. A. A. Stobbe-Lehmann, II 2 275 § 157 Anm. 27; Lehmann 285; Staudinger-Kober 224 Anm. 2b.

§ 1126. 1. Als Rechte auf wiederkehrende Leistungen, welche mit dem Eigenthum an dem Grundstücke verbunden sind, werden von Biermann 323; Planck 482 Anm. 2a; Fuchs 423 Anm. 2 aufgezählt: die Reallasten, einschließlich der Renten für einen Ueberbau und einen Nothweg und das Recht eines Grunddienstbarkeitsberechtigten auf die Unterhaltung einer auf dem belasteten Grundstücke befindlichen Anlage (§§ 1021, 1022), sowie die dem Landesrechte vorbehaltenen Rechte, von Fuchs auch noch (dagegen Planck) das nicht bloß einmalige Vorkaufsrecht.

2. Die Haftung des Anspruchs wiederkehrender Leistungen ist nicht davon abhängig, daß das Recht auf dem Grundbuchblatte des herrschenden, mit der Hypothek belasteten Grundstücks gemäß § 8 GO. vermerkt ist. Fuchs 423 Anm. 2; Planck 482 Anm. 1b.

3. Die Beschlagnahme der Ansprüche erfolgt nach Biermann 323 durch einstweilige Verfügung, Pfändung, Zwangsverwaltung, nach Planck 482 Anm. 2b durch Zwangsverwaltung des Grundstücks oder Pfändung der Ansprüche, nach Fuchs 424 Anm. 4 nur durch Zwangsverwaltung. Sämmtliche Schriftsteller schließen die Zwangsversteigerung als Beschlagnahmemaßregel aus, ebenso Turnau-Förster 654 Anm. 4.

4. Im Anschluß an die Protokolle III 562 wird von Planck 482 Anm. 2c, Turnau-Förster 654 Anm. 2b, hervorgehoben, daß anders als bei den Mieth- und Pachtzinsforderungen das Erlöschen der Haftung mit dem Ablaufe des Jahres

selbst dann eintritt, wenn die wiederkehrenden Leistungen im Voraus zu entrichten sind, „da die Leistungen häufig in Jahresraten zu bewirken seien und sich häufig nicht mit Sicherheit sagen lasse, ob die Leistung pränumerando oder postnumerando gezahlt werde". Dieselbe Erwägung hat zu der Bestimmung geführt, daß die Ansprüche auf Leistungen, die erst drei Monate nach der Beschlagnahme fällig werden, dem Hypothekengläubiger verbleiben. So auch Fuchs 423 Anm. 3.

§ 1127. 1. Eine Verpflichtung des Eigenthümers dem Hypothekengläubiger gegenüber zur Versicherung besteht nach Reichsrecht nicht. Biermann 323, Turnau-Förster 657 Anm. A VIII, Fuchs 429 Anm. 8a. Vgl. Ziff. 4 zu § 1133.

2. Der Versicherungsvertrag muß für Rechnung des Eigenthümers oder Eigenbesitzers abgeschlossen sein, entweder von ihnen selbst, oder vom Nießbraucher, oder auch von einem Dritten. Planck 484 Anm. 2, Fuchs 425 Anm. 2, Turnau-Förster 655 Anm. A I 1.

3. Die Versicherungsforderung kann sich auf alle Gegenstände beziehen, die der Hypothek unterliegen, also das Grundstück selbst, dessen Bestandtheile, insbesondere Gebäude, stehende oder hängende Früchte, getrennte Bestandtheile, Zubehörstücke, Mieth- und Pachtzinsforderungen. Planck 483 Anm. 2a, Biermann 323, Fuchs 425 Anm. 2, Turnau-Förster 658 Anm. B 3.

4. Gegen welche Gefahr die der Hypothek unterliegenden Gegenstände versichert sind, ist ohne Belang (z. B. Brandschaden, Hagelschlag, Viehsterben, Wassergefahr, Glasschaden). Oberneck 542, Planck 483 Anm. 2b, Fuchs 425 Anm. 2, Biermann 323, Turnau-Förster 656 Anm. A II, 655 Anm. A I 3.

5. Die Forderung gegen den Versicherer haftet dem Hypothekengläubiger auch dann, wenn der Schaden zur Zeit der Begründung der Hypothek bereits eingetreten war. Biermann 323, Turnau-Förster 657 Anm. A 6.

Die Erstreckung der Hypothek auf die Forderung gegen den Versicherer kann mit dinglicher Wirkung durch Parteivereinbarung nicht beseitigt werden. Müller, Seuff. Bl. **66** 8.

6. Nach Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes oder Ersatzbeschaffung steht dem Versicherten nicht etwa bloß ein obligatorischer Anspruch auf Entlassung der Versicherungsforderung aus der Hypothek zu, sondern die Versicherungsforderung erlischt kraft Gesetzes, und selbst dann, wenn bereits eine Beschlagnahme zu Gunsten des Hypothekengläubigers erfolgt war. Biermann 323, Planck 484 Anm. 3a, Fuchs 425 Anm. 3a.

7. Ist der Ersatz kein vollständiger, so bleibt wegen des Fehlbetrags die hypothekarische Haftung bestehen. Biermann 324, Planck 484 Anm. 3a, Fuchs 425 Anm. 3a, Turnau-Förster 658 Anm. B 4.

8. Was von der Versicherungsforderung gilt, gilt nicht von jeder Forderung des Eigenthümers oder Eigenbesitzers auf Schadensersatz. Hachenburg, Vorträge 79, Fuchs 425 Anm. 2, Biermann 324; a. A. Endemann 488 § 123 Anm. 23.

9. Ist ein Nießbrauch an dem versicherten Gegenstande bestellt, so hat der Eigenthümer Zahlung an sich und den Nießbraucher zu verlangen; der Eigenthümer der Sache wird Eigenthümer der Versicherungsgelder und der Nießbraucher Nießbraucher derselben. So in Uebereinstimmung mit den Motiven III 553 Gierke, Jherings J. **40** 411 f.

10. Besteht Streit zwischen Eigenthümer und Nießbraucher darüber, ob die Versicherungsgelder verzinslich angelegt oder zur Wiederherstellung der Sache

verwendet werden sollen, so ist entscheidend, was durch eine ordentliche Wirthschaft geboten ist. Gierke a. a. O. 415.

11. Ueber die Konkurrenz des gesetzlichen Pfandrechts an der Versicherungsforderung mit dem vertraglichen Rechte auf Leistung an den Hypothekar spricht Hellwig, Vertr. 557 ff.

§ 1128. 1. Diese Bestimmung, welche nach EG. Artt. 52, 53 im Falle der auf Grund eines Reichsgesetzes, dagegen nach Art. 109 das. im Falle der auf Grund landesgesetzlicher Vorschriften — sofern diese nicht ein Anderes bestimmen — erfolgenden Enteignung von Grundeigenthum dann Anwendung finden soll, wenn einem Dritten ein Recht an dem Grundstücke zusteht, für welches nicht eine besondere Entschädigung gewährt wird, gilt auch für das Gebiet des Preuß. Enteignungsgesetzes vom 11. 6. 74 zu Gunsten des Unternehmers in den Fällen, wo

entweder

a) das Recht eines der im § 11 des Preuß. EEG. bezeichneten Nebenberechtigten in Frage steht, dessen Entschädigungsanspruch nach § 8 daselbst in dem Gesammt-Entschädigungsanspruche des Eigenthümers enthalten und für welchen nur auf Antrag des letzteren oder des Berechtigten ein Antheilsverhältniß festzustellen ist,

oder

b) wo es sich um Reallasten, Hypotheken oder Grundschulden im Sinne des § 37 Nr. 3 des Gesetzes handelt, bei deren Vorhandensein „der Eigenthümer über die Entschädigungssumme nur verfügen kann, wenn die Realberechtigten einwilligen" (§ 48 das.).

Außerdem aber tritt das hier vorgeschriebene Theilungsverfahren nach Maßgabe des Reichsgesetzes über die Zwangsversteigerung Tit. 2 Abschn. VIII, unabhängig von einem Antrage des Unternehmers, in allen Fällen des § 37 d. G. dann ein, wenn nach stattgehabter Hinterlegung der Entschädigungssumme vom bisherigen Eigenthümer des Grundstücks oder einem Drittberechtigten im Sinne des § 37 ein Antrag auf Vertheilung der hinterlegten Entschädigungssumme gestellt wird. Auf diese Bestimmung hat der § 1 des EG. z. ZwVG., nach welchem das letztere, und zwar, soweit es die Schiffe betrifft, gleichzeitig mit dem BGB., im Uebrigen für jeden Grundbuchbezirk mit dem Zeitpunkt in Kraft tritt, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, keinen Einfluß, sie tritt vielmehr, weil die Vorschrift des Art. 53 des EG. z. BGB. mit der Grundbuchforderung in keinerlei Zusammenhang steht, gleichzeitig mit dem BGB. in Kraft. Bering, Das Recht der Enteignung rc., Egers eisenb. E.u.A. **15** 286 ff.

2. Fuchs 426 Anm. B 4 II b sucht darzuthun, daß der Gesetzgeber mit der Unterscheidung von Gebäuden und anderen Gegenständen den Unterschied von Liegenschaften und Fahrniß gemeint habe. Dagegen Biermann 324 Anm. 1, der den Begriff der Gebäudeversicherung enger zieht als den der Immobiliarversicherung; so falle die Spiegelscheibenversicherung nach den Motiven 667 nicht unter die Gebäudeversicherung. Ebenso Planck 485 Anm. 2.

3. Ist die Anzeige an einen Hypothekengläubiger unthunlich, so läuft ihm gegenüber die Frist von dem Augenblick an, wo die Entschädigungssumme vertragsmäßig nach Beendigung der Schadensfeststellung fällig wird, also möglicher Weise schon vor dem vergeblichen Anzeigeversuche. Schneider, Zur Auslegung des § 1128 im Bürgerlichen Gesetzbuch, A.civPr. **90** 447.

4. Nach der herrschenden Ansicht erhält der Widerspruch eines Hypothekengläubigers gegen die Auszahlung der Versicherungssumme allen Hypothekengläubigern, auch den vorstehenden, die Rechte von Pfandgläubigern einer Forderung.

So Scherer, Endemann § 123, Biermann 325 Anm. 1c, Ostermeyer, Handbuch des Sachenrechts 279, v. Staudinger-Kober Anm. 3. Gegen diese Ansicht Schneider, A.civPr. **90** 450 ff. Er legt dar, daß die Gebäudeversicherungsentschädigung nicht ohne Weiteres und von vornherein als dem Hypothekar verpfändet gelte, sondern daß dieses Rechtsverhältniß erst durch den Widerspruch eintrete, der statt der Beschlagnahme als ausreichend angesehen werden solle. Der Widerspruch solle nur dem Widersprechenden zur Erleichterung dienen, die Entschädigungsforderung zu seinen Gunsten ganz oder zum Theil festzulegen (452, 455). Zustimmend Turnau-Förster 658 Anm. 4.

5. Das Gesetz sperrt nur die Auszahlung der Entschädigung an den Versicherten, hat aber das Verhältniß der Hypothekengläubiger unter einander nicht im Auge. Das für die Widersprechenden entstehende Forderungspfandrecht erhält nicht nach dem Zeitpunkte der Widerspruchseinlegung seinen Rang, sondern nach dem Range der Hypothek selbst. Schneider a. a. O. 458 ff.

6. Nur diejenigen Hypothekengläubiger gehen dem versicherten Eigenthümer vor, die zur Zeit des Brandes — nicht der Fälligkeit der Entschädigung oder ihrer Auszahlung — vorhanden sind. Schneider a. a. O. 470.

7. Nach der herrschenden Ansicht kann der Versicherer vor der Fälligkeit der Hypothek nur an den Eigenthümer und den Hypothekengläubiger gemeinschaftlich leisten. Oberneck 543. Während aber Biermann 324 Anm. 1b und Planck 486 Anm. 3c der Ansicht sind, daß nach der Leistung Eigenthümer und Hypothekengläubiger einander zur verzinslichen mündelsicheren Anlegung des Geldes und zur Bestellung von Pfandrechten an der neuen Forderung für die Hypothekengläubiger mitzuwirken verpflichtet seien, erachten Turnau-Förster 658 Anm. 3 den Versicherten für berechtigt, das Geld zur Wiederherstellung des Gebäudes zu verwenden.

8. Bis zur Auszahlung der Versicherungssumme sind Pfändungen nur unbeschadet des Rechtes des Hypothekengläubigers wirksam; einer Beschlagnahme zu Gunsten der Hypothekengläubiger bedarf es nicht. Biermann 325 Anm. 1b; Fuchs 427 Anm. 5b; Planck 486 Anm. 3a.

9. Ist die Forderung des Hypothekengläubigers noch nicht fällig, und geht ihm ein älterer Nießbrauch vor, so hat Zahlung an Eigenthümer und Nießbraucher gemeinschaftlich zu erfolgen; das Pfandrecht des Hypothekengläubigers an den Versicherungsgeldern lebt fort, allerdings mit dem Range hinter dem Nießbrauche. Ist der Nießbrauch jünger als die Hypothek, so steht er dem Pfandrechte des Hypothekengläubigers nach. Ist die Forderung des Hypothekengläubigers fällig, so geht ihr ein älterer Nießbrauch vor; ein jüngerer Nießbrauch hindert den Hypothekengläubiger an der Einziehung der Versicherungsgelder für sich nicht. Gierke, Iherings J. **40** 418—425.

Wird der Hypothekengläubiger aus den Versicherungsgeldern befriedigt, so wird die Hypothekenforderung als vom Eigenthümer berichtigt angesehen. Die Hypothek wird alsdann zur verzinslichen Eigenthümerhypothek. Der leer ausgegangene Nießbraucher kann aber vom Eigenthümer Löschung der Zinsen der Eigenthümerhypothek für die Nießbrauchszeit fordern. Gierke a. a. O. 425, 426.

Hat der Hypothekengläubiger innerhalb des Monats keinen Widerspruch erhoben, so kann er doch, wenn sein Recht älter ist als der Nießbrauch, dem Eigenthümer gegenüber verlangen, daß er dem Nießbraucher vorgehe, er kann die Anlegung der Gelder bestimmen und Bestellung seines Pfandrechts vor dem Nießbrauche fordern (a. a. O. 429).

10. Othmer, Vormerkung 102 Z. 15: Der Vormerkungsberechtigte ist im Sinne dieser Vorschrift als Hypothekengläubiger anzusehen.

§ 1130. Streitig ist, ob die Zahlung des Versicherers an den Versicherten durch eine Beschlagnahme der Forderung zu Gunsten der Hypothekengläubiger verhindert wird. Dagegen: Hachenburg, Beitr. 81, weil es sich um ein Recht des Versicherers handle, das ihm nicht ohne seine Zustimmung genommen werden könne. Ebenso Turnau=Förster 608, Biermann 326, Staudinger=Kober 227 Anm. 1 und Planck 488 Anm. 3. Dafür: Fuchs 428 Anm. 7d, weil es sich bei der Beschlagnahme nicht darum handle, daß dem Versicherer ein Recht, sondern dem Versicherten die Legitimation zur Einziehung genommen werde. Im Falle der Zwangsverwaltung habe der Verwalter die Forderung einzuziehen und bestimmungsgemäß zu verwenden, im Falle der Zwangsversteigerung sei die Versicherungssumme entweder an das Vollstreckungsgericht oder an den Ersteher zu zahlen.

§ 1131. 1. Der § 1131, der nach Müller, Seuff. Bl. **66** 8 zwingendes Recht enthält, so daß einer anderweiten Regelung dingliche Wirkung nicht zukommt, bezieht sich nur auf den Fall der Zuschreibung (§ 890 Abs. 2), nicht auf den Fall der Vereinigung mehrerer Grundstücke (§ 890 Abs. 1). Oberneck 527; Planck 489 Anm. 4a; Fuchs 432; Biermann 327; Turnau=Förster 661 Anm. 4. Ebenso Weber (Rechtsverhältnisse bei Durchführung der Hypothek an einem im Miteigenthume stehenden Grundstücke), welcher hierzu noch ausführt: Werden zwei Grundstücke nach § 890 Abs. 1 mit einander vereinigt, so haftet jedes frühere Grundstück allein für seine Hypotheken. Kommt es aber zur Zwangsversteigerung, so muß in beiden Fällen des § 890 doch das ganze Grundstück versteigert werden und es erfolgt nur die Befriedigung der Hypothekengläubiger aus dem Theile des Erlöses, der dem Werthe des ihnen haftenden Grundstückstheils entspricht.

2. Dadurch, daß die Hypotheken sich auf den zugeschriebenen Bestandtheil erstrecken, werden sie nicht zu Gesammthypotheken, da das belastete Grundstück ein einheitliches ist. Oberneck 622; Planck 489 Anm. 4a; Biermann 327; a. A. Hachenburg, Beitr. 122 ff.

3. Die Zuschreibung verhindert nicht, daß wegen eines Rechtes, das nur das eine der ursprünglich selbständigen Grundstücke belastet, nur dieses Grundstück zur Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung gebracht wird; der Erlös ist so zu vertheilen, als wenn mehrere Grundstücke in einem Verfahren versteigert würden. Fuchs 432 Anm. 2; Planck 489 Anm. 4a; Turnau=Förster 661 Anm. 4; Maenner 284 Anm. 14 § 67; Predari 64 Anm. 1; a. A. Hachenburg, Beitr. 124.

§ 1132. Abs. 1. 1. Die Vorschriften über die Gesammthypothek gelten auch für den Fall der Belastung mehrerer Miteigenthumsantheile desselben Grundstücks mit einer Hypothek. Turnau=Förster I 613 Anm. 4; Planck III 490 Anm. 1a; Lang, „Die Gesammthypothek", A.civPr. **89** 251 ff.; dagegen will Fuchs I 433 unter „mehreren" Grundstücken mehrere selbständige Grundstücke verstanden wissen.

Eccius, Gruchots Beitr. **46** 728 bemerkt: Die einheitlich an einem Grundstücke begründete Hypothek verwandelt sich, falls das Grundstück in das Miteigenthum Mehrerer nach Quoten übergeht, nicht in eine Gesammthypothek an diesen ideellen Antheilen.

2. Ebenso wie der Kapitalbetrag der Gesammthypothek kann auch der Zinsfuß bei den einzelnen Grundstücken ein verschiedener sein. Planck III 490 Anm. 1b und OLG. 2 86 (KG.); KGJ. **21** A 169; Naumb.AK. **01** 114.

3. Die von den Motiven 709 aufgeworfene, aber nicht entschiedene Frage, ob die Forderung im Falle der Uebertragung schon durch die Eintragung bei einem Grundstück oder erst durch die Eintragung bei allen Grundstücken auf

den neuen Gläubiger übergeht, wird von Böhm 219 und Turnau-Förster I 667 dahin beantwortet, daß die Eintragung auf einem Grundstücke genüge, um das Gesammtrecht in Ansehung aller Grundstücke wirksam zu übertragen. Dagegen fordern Planck III 493 Anm. 4; Türcke-Niedenführ III 473 Anm. 10; Fuchs I 487 Anm. 10b in Anlehnung an die Protokolle II 4564ff., III 636ff., daß die Uebertragung oder Belastung einer Gesammt-Buchhypothek, um wirksam zu sein, auf dem Grundbuchblatt eines jeden der verhafteten Grundstücke eingetragen werden muß.

4. Das in Abs. 1 Satz 2 dem Gesammthypothekar beigelegte Wahlrecht findet im § 122 Zw.VG. insofern eine gewisse Milderung, als bei Nichtausübung dieses Wahlrechts eine proportionelle Vertheilung auf die Einzelgrundstücke von Amtswegen eintritt. Betzinger, Das Z o.VG., an einem Rechtsfalle dargestellt 78.

5. Aus der Praxis. a) **RG. JW. 01** 383: Soll die Einklagung einer Gesammthypothek, welche auf mehreren in verschiedenen Gerichtsbezirken belegenen Grundstücken haftet, im dinglichen Gerichtsstand erfolgen, so müssen in den verschiedenen Gerichtsständen besondere Prozesse angestrengt werden, weil die Bestimmung eines außerordentlichen Gerichtsstandes nach § 36 Nr. 4 CPO. nur zulässig ist, wenn die Klage ein einzelnes Immobile oder einen durch ein besonderes rechtliches Band zu einer Einheit verbundenen Komplex von Immobilien betrifft, eine solche Einheit aber für selbständige Grundstücke durch Belastung mit einer Gesammthypothek nicht hergestellt wird.

b) OLG. **2** 49 (KG.); R. **01** 353: Die Belastungen der mehreren Grundstücke müssen gleichartig sein; es ist unzulässig, eine Gesammthypothek auf dem einen Grundstück als Verkehrshypothek, auf dem anderen als Sicherungshypothek einzutragen.

c) KGJ. **21** A 169; OLG. **2** 86: Bei Erhöhung oder Ermäßigung des Zinsfußes der Belastung nur eines oder einiger der für die Gesammthypothek haftenden Grundstücke ist die Einwilligung der nicht betroffenen Grundstückseigenthümer zur Eintragung nicht erforderlich.

6. Abs. 2 Die Frage: Ist bei Vertheilung einer Gesammthypothek in Einzelhypotheken gemäß § 1132 Abs. 2 BGB. die Löschung des auf die anderen Grundstücke entfallenden Betrags von der Zustimmung des Eigenthümers abhängig? Ist diese Löschung überhaupt erforderlich? wird von Oberneck, DNotVZ. **02** Heft 1 bejaht; ebenso OLG. **3** 225 (KG.); RJA. **2** 240; Achilles-Strecker 222; Planck III 492; dagegen verneint von Frick, R. **02** 175; Gänßle, Grundbuch- und Hypothekenrecht 95; Turnau-Förster (2) I 666f.; Jacubezky, Gruchots Beitr. **46** 65; Fuchs 434; Kranichfeld, CBlFrG. **2** 547.

7. Da die Gesammthypothek nur eine einheitliche Belastung darstellt und nur einmal zur Hebung kommen darf, so kann der Gläubiger nicht etwa sein dingliches Recht an dem einen Grundstück zurückbehalten und das an dem anderen abtreten oder eine Zession des dinglichen Rechtes an verschiedene Zessionare vornehmen. Diese Art der Vertheilung wäre nichtig. Oberneck § 145 Z. 2 (626); Dernburg III § 230 (626).

§ 1133. 1. Eine alternative Ermächtigung des Gläubigers liegt hier nicht vor. Chamizer, Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld 75 Anm. 3 gegen Biermann, Anm. 2 zu § 1133.

2. Ob die Verschlechterung durch Zufall, durch Einwirkung des Eigenthümers oder eines Dritten herbeigeführt oder nach dem natürlichen Laufe der Dinge, also trotz ordnungsmäßiger Reparaturen durch das Alter der Baulichkeiten eingetreten ist, ist gleichgültig. Fuchs I 439 und Planck III 494 gegen Turnau-Förster I 615.

3. Zu Satz 3: Der diskontirte Werth (heutige Werth, Baarwerth) einer unverzinslichen, nach n Jahren fälligen Forderung vom Nominalbetrage a beziffert sich bei einem gesetzlichen Zinsfuße von p % auf $\frac{1}{1+nq} \cdot a$, das Interusurium (die Zwischenzinsen, der Rabattabzug) auf $\frac{nq}{1+nq} \cdot a$, wo q für $\frac{p}{100}$ gesetzt ist. Langheineken, Mathem. Bem. zum BGB. Heft 1 22 ff.

4. Aus der Praxis. **RG. 52** 295, JW. **02** Beil. 277: Wenn der Eigenthümer es unterläßt, die abgelaufene Versicherung der Gebäude gegen Feuersgefahr zu erneuern, so liegt nicht eine Grundstücksverschlechterung i. S. des § 1133, sondern nur die Besorgniß einer solchen Verschlechterung i. S. des § 1134 vor. Ebenso Prange, DJZ. **02** 531; Planck III 494; Fuchs I 439; a. A. Scheven, DJZ. **02** 390; Stör, Seuff. Bl. **68** 337; Biermann 201; Turnau-Förster I 617.

OLG. Marienwerder, PosMschr. **02** 58: Ist auf Grund des der Hypothek zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses nur persönlich geklagt, so kann die Fälligkeit der Forderung auf § 1133, der nur den dinglichen Anspruch betrifft, nicht gestützt werden.

§ 1134. 1. Ueber die Frage, ob bei der Nichterneuerung von Versicherungsverträgen § 1134 oder § 1133 in Betracht kommt, vgl. **RG. 52** 295 und Ziff. 4 zu § 1133.

2. Nach Dernburg III 641 stehen vorbereitende Handlungen (turbatio verbis: vgl. Hellwig zu § 259 CPO.) der positiven Einwirkung gleich, wenn sie eine ernstliche Gefährdung der Hypothek in sich schließen.

3. Pusch, Gruchots Beitr. **45** 314 („Zwangsverwaltung und Sequestration") bespricht die bei Anträgen auf Grund des § 1134 wegen Anordnung der Zwangsverwaltung des verhafteten Grundstücks im Wege der einstweiligen Verfügung maßgebenden §§ 935, 938 CPO.

4. Othmer, Vormerkung 102 Ziff. XIV hebt hervor, daß die sogenannte Gefährdungsklage auch dem vormerkungsberechtigten Gläubiger zusteht.

5. OLG. **5** 321 (Königsberg): Jede Veränderung im Grundstücksbestande, welche auf den objektiven Werth des Grundstücks vermindernd einzuwirken geeignet ist, stellt eine „Verschlechterung" dar, selbst wenn der Eigenthümer den Willen und auch die Mittel hat, den früheren Bestand wieder herzustellen oder gar zu verbessern. OLG. Dresden, Seuff. A. **56** 226. Die Anordnung gemäß § 1134 Abs. 2 kann in der Form der einstweiligen Verfügung erfolgen und die Maßregel kann in der Bestellung eines Verwalters bestehen.

RG. R. **00** 307: Gilt das Grundbuch als angelegt und hat der Instanzrichter nach dem 1. 1. 00 über eine angeblich schon vorher bewirkte Verschlechterung des Pfandgrundstücks zu entscheiden, so kommen die §§ 1134, 1135 zur Anwendung.

§ 1135. 1. v. Brünneck, Gruchots Beitr. **44** 103 „Die Pfandhaftung des dem Pächter eines Landguts vom Eigenthümer veräußerten Inventars nach BGB.": Wie weit dem Pächter eines Landguts eine Verminderung des übernommenen Inventars erlaubt ist, läßt sich nur unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles entscheiden. Grundsatz ist, daß der Pächter so viel an Wirthschaftsgeräth und Vieh auf dem Gute halten muß, als erforderlich ist, um eine ordnungsmäßige Bewirthschaftung zu sichern und das Gut mindestens in dem Zustande der Ertragsfähigkeit zu erhalten, in dem es bei Beginn der Pacht sich befunden hat.

2. SächsOLG. **11** 105; R. **01** 232: Die Hypothek an einem Landgut erstreckt sich auch auf das zum Wirthschaftsbetriebe bestimmte Geräth, Vieh und

die landwirthschaftlichen Erzeugnisse, soweit sie zur Fortführung der Wirthschaft bis zur nächsten Ernte erforderlich sind. Die mit der Absicht der Veräußerung vorgenommene Wegschaffung dieser Gegenstände enthält eine unter die Vorschriften der §§ 1134, 1135 fallende Einwirkung auf das Pfandgrundstück. Daher ist eine die Veräußerung untersagende einstweilige Verfügung möglich.

§ 1136. 1. Der Eigenthümer kann sich einem Nicht-Hypothekar gegenüber gemäß § 137 gültig verpflichten, sein Grundstück nicht zu veräußern oder weiter zu belasten. Mittelstein 177.

Nichtig ist nur die absolute Veräußerungs- und Belastungsbeschränkung. Zulässig ist eine Vereinbarung, das Grundstück nicht an einen Dritten (Ausländer) zu verkaufen, oder nicht über eine gewisse Höhe zu belasten. Fuchs I 442.

2. Auch der Vorbesitzer, der sich wegen rückständigen Kaufgeldes eine Hypothek hat bestellen lassen, ist Gläubiger im Sinne des § 1136. Maenner 329.

3. Zu § 1136 BGB. in Verbindung mit EG. Artt. 168, 192 bemerkt Obermeyer, Seuff. Bl. 65 325 über Belastungs- und Veräußerungsverbote zu Gunsten von Hypothekengläubigern: Solche vor dem 1. 1. 00 begründeten Verbote bleiben auch nach Anlage des Grundbuchs sowohl obligatorisch wie dinglich wirksam und sind in das neue Grundbuch einzutragen. Es folgt das aus Art. 168 EG. z. BGB. Art. 192 EG., wonach die altrechtlichen Hypotheken mit Grundbuchsanlegung sich in Hypotheken des neuen Rechtes verwandeln, steht nicht im Wege, da ein Veräußerungs- und Belastungsverbot auch im Sinne der Bestimmung des § 1136 BGB. nicht eine Steigerung des Inhalts der Hypothek darstellt, welche unzulässig wäre, sondern nur die Einräumung eines weiteren selbständigen Rechtes für den Hypothekengläubiger behufs Steigerung seiner wirthschaftlichen Stellung. Daraus, daß diese Einräumung eines weiteren Rechtes und Steigerung der wirthschaftlichen Stellung neu von Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs ab nicht mehr begründet werden kann, folgt keineswegs, daß ein schon bestehendes derartiges Recht in Wegfall komme.

§ 1137. Abs. 2 bezieht sich nicht auf die dem Eigenthümer gemäß § 770 zustehenden Einreden. Hat also der persönliche Schuldner auf das Anfechtungsrecht verzichtet oder hat er geschehen lassen, daß der Hypothekengläubiger die fällige Gegenforderung des persönlichen Schuldners auf eine ihm anderweit gegen diesen zustehende Forderung verrechne, so hat der Eigenthümer die dilatorische Bürgschaftseinrede verloren. Biermann 203; Fuchs I 447; Oberneck 674; Mittelstein 201; Hachenburg, Vortr. 271; Böhm 192; Planck III 501 Anm. 5. Die entgegengesetzte Ansicht vertreten Turnau-Förster I 631, anscheinend auch Dernburg III 645.

§ 1138. 1. Mittelstein 179, 197 meint, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs gegenüber Einreden gegen die persönliche Forderung versage, es werde nur der Hypothekengläubiger bei Geltendmachung der Hypothekenforderung des Nachweises enthoben, daß die Forderung entstanden sei. A. M. Strecker 90 und Brzezinski, Seuff. Bl. 63 147.

2. Fuchs I 451 bemerkt: Der Eigenthümer (E) hat zur Erhaltung einer gegen die Forderung bestehenden Einrede einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs und auf Eintragung eines vorläufigen Vermerks, des sog. dinglichen Widerspruchs (§ 899). Daß der Eigenthümer, der sich eine Einrede gegen den Sondernachfolger des Hypothekengläubigers G. erhalten will, dies auch dadurch erreichen kann, daß dem Hypothekengläubiger im Wege der einstweiligen Verfügung die Veräußerung der Hypothek verboten wird, ergiebt sich aus den §§ 136, 135, 892 Abs. 1 Satz 2. Die Abscheidung des Widerspruchs gegen Verfügungsbeschränkungen dieser Art macht keine Schwierigkeit; wohl aber

wird es häufig zweifelhaft sein, ob die Einrede dem Berechtigten eine dingliche oder eine obligatorische Rechtsstellung giebt und ob der Widerspruch oder die obligatorische Vormerkung der geeignete Rechtsbehelf ist, um die Einrede grundbuchmäßig zu beurkunden. Ersterer Ansicht Planck III 504.

Hatte E. mit G. eine Abänderung der Forderung und der Hypothek vereinbart, die Abänderung eintragen lassen und ist der Abänderungsvermerk versehentlich gelöscht, so hat E. einen Anspruch auf Eintragung eines Widerspruchs; ist die Abänderung nur durch obligatorischen Vertrag vereinbart, so hat E. das Recht, seine aus dem abändernden Abkommen gegen den Inhalt des Hypothekenrechts zu entnehmende Abrede durch Vormerkung zu sichern.

Hat E. ein Grundstück von G. gekauft, dem Verkäufer eine Restkaufgeldhypothek bestellt, und erweist sich demnächst das Gebäude als schwammbehaftet, so kann E. die Hypothekenbestellung aus dem Gesichtspunkte der Gewährleistung ganz oder theilweise aufrufen. Ist die Minderung vollzogen (§ 465), so ist insoweit die Forderung erloschen; die Hypothek gebührt insoweit dem E., und dieser hat schon auf Grund der §§ 893, 899 den Rechtsbehelf der Berichtigung und des Widerspruchs. Ist die Minderung noch nicht vollzogen und hat E. erst nur einen Anspruch auf Herabsetzung des Kaufpreises, so ist die Vormerkung der geeignete Rechtsbehelf, weil es sich vorerst nur um einen Anspruch auf theilweise Aufhebung der Hypothek handelt.

Will sich der Eigenthümer E. gegen gutgläubige Rechtsnachfolger des Gläubigers G. die Einrede sichern, daß er auf Grund der §§ 1137, 770 BGB. mit Rücksicht auf eine Anfechtungsbefugniß des persönlichen Schuldners oder eine Aufrechnungsbefugniß des Gläubigers die Befriedigung des G. verweigern könne, so ist der Widerspruch der geeignete Rechtsbehelf; denn es handelt sich um eine zeitweise Unwirksamkeit des dinglichen Rechtes des Gläubigers dem Verpflichteten gegenüber. Ob der Gesetzgeber sich im § 1137 eine derartige Scheidung der Einredebeurkundung gedacht hat, und ob nicht jedwede Beurkundung einer Einrede durch Widerspruch sollte gesichert werden können, kann zweifelhaft sein; indessen erhellt nicht, daß die §§ 894—899 und die Scheidung zwischen Widerspruch und Vormerkung durch den § 1138 einen anderen Inhalt erhalten haben.

3. Meyer, R. **00** 317: Die Hypothekenklage ist nicht schon dann abzuweisen, wenn der Eigenthümer den Nachweis führt oder wenn zugestanden wird, daß der angegebene Schuldgrund unrichtig ist; vielmehr wird die Vermuthung nur widerlegt, wenn der Eigenthümer nachweist, daß überhaupt keine Schuld entstanden oder die entstandene Schuld getilgt ist. Dies ist auch wichtig für die Auslegung des § 892, denn hiernach wird der Zessionar nicht geschützt, wenn er weiß, daß die Eintragung unrichtig ist; bezöge sich dies auch auf die Bezeichnung des Rechtsgrundes der Forderung, so könnte man ohne Gefahr eine Hypothek nicht erwerben, wenn man weiß, daß ein baares Darlehen, wie es in der Eintragungsbewilligung erwähnt ist, nicht zu Grunde gelegen hat. Wird die persönliche Klage angestellt, so findet die Rechtsvermuthung des § 891 keine Anwendung.

Zu der nachfolgend zu 4 wiedergegebenen Reichsgerichtsentscheidung **49** 6 ff. äußert sich Oberneck, DNotVD. **02** 307 wie folgt: Die Vorsicht gebietet, bei Begründung von Hypotheken die Valuta nicht früher zu zahlen, als bis die Eintragung erfolgt und der Hypothekenbrief dem Gläubiger ausgehändigt ist. Wenn nun, wie es regelmäßig geschieht, das Valutabekenntniß bereits in der Schuldurkunde abgegeben ist, die Valuta aber erst später ausgezahlt wird, so muß der Gläubiger, um sich gegen die ihm nach Ansicht des RG. obliegende Beweislast zu sichern, bei Zahlung der Valuta sich stets nochmals den Empfang derselben durch den Schuldner schriftlich bestätigen lassen.

4. **RG. 49** 6, **JW. 01** 547 (vgl. auch Ramdohr, Gruchots Beitr. **44** 367): Die Vermuthung des § 1138 besteht nur „für die Hypothek“, so daß sich für die dingliche Klage der Nachweis des Bestehens der persönlichen Forderung erübrigt; für die Schuldklage hat dagegen der Gläubiger die Beweislast für die Zahlung der Darlehensvaluta.

Wann die Vermuthung als widerlegt zu gelten hat, unterliegt freier Beweiswürdigung. Jedenfalls wird bei Darlehenshypotheken zur Widerlegung der Vermuthung der Nachweis genügen, daß zur Zeit der Eintragung der Hypothek die Darlehensvaluta nicht bezahlt gewesen ist, wogegen dem Darlehensgläubiger der Nachweis der in anderer Weise als durch Zahlung oder nachträglich erfolgter Belegung der Darlehensvaluta offen bleibt.

RG. 47 229: Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse gegen die Klage aus einer vor Inkrafttreten des BGB. eingetragenen und abgetretenen Hypothek sind nach dem bisherigen Rechte zu beurtheilen.

OLG. **5** 388 (KG.): Bei einer Darlehenshypothek ist ein nachträglicher Vermerk, daß das Darlehen thatsächlich gegeben sei, auch dann unzulässig, wenn es inhaltlich der Schuldurkunde nur zugesagt gewesen ist.

§ 1139. 1. Für den Antrag auf Eintragung eines Widerspruchs wegen unterbliebener Hingabe des Darlehens fordert Oberneck, Gruchots Beitr. **43** 868 die Form des § 29 GO.

Ebenso Turnau-Förster I 637; Fuchs I 453; Oberneck, RGO. 678. Dagegen Planck III 505; Achilles-Strecker 236; Strecker, Buschs Z. **28** 370; Neumann, Handausg. Anm. 3a zu § 1139: Der grundbuchmäßigen Form bedarf der Antrag nicht, da durch ihn eine zur Eintragung erforderliche Erklärung nicht ersetzt werden soll. Er ist ein gewöhnlicher Eintragungsantrag im Sinne des § 30 GBO.

2. Für das Bestehen der Darlehensforderung streitet nach Turnau-Förster I 636 Anm. 2 und Planck III 505 Anm. 4b trotz des Widerspruchs die Rechtsvermuthung der §§ 891, 1138; dem Eigenthümer liegt der Nachweis ob, daß die Hingabe des Darlehens unterblieben sei. Dagegen verlangt Fuchs I 453 Anm. 3 zur Begründung der Klage Eintragung der Darlehensforderung und Darlehensempfangsbekenntniß des Eigenthümers, weil „angesichts des Widerspruchs die Vermuthung aus § 891 zessirt“.

§ 1140. 1. Fuchs 455 verneint die Frage, ob der Vermerk auf dem Briefe von dem Gläubiger unterschrieben sein müsse, sofern er nicht auf Grund einstweiliger Verfügung durch das Gericht auf den Brief gesetzt ist, und bemerkt: Je nach der Lage des Einzelfalls wird der Richter auf Grund freier Ueberzeugung die Frage zu beantworten haben, ob aus einem Vermerke, der nur von einem Eigenthümer oder nur von Zeugen oder gar nicht unterschrieben, der durchstrichen, radirt oder geändert ist, die Unrichtigkeit des Buches „hervorgeht“ oder nicht. Wird die Frage bejaht, so wird der Gläubiger mit dem Einwande, daß er die Unrichtigkeit des Buches aus dem Vermerke nicht erkannt habe, nicht gehört. Auf die subjektive Kenntniß und Ueberzeugung des Gläubigers kommt es nicht an, ebensowenig darauf, ob der Gläubiger die Richtigkeit eines Buchwiderspruchs bezweifelt hat oder zu bezweifeln Anlaß hatte.

Auch der Grundbuchrichter hat die Vermerke zu respektiren, in Ansehung eines quittirten Betrags also nur noch den Eigenthümer, nicht mehr den Gläubiger, für legitimirt zu erachten. Die Ausführung von Turnau-Förster 640, der Grundbuchrichter habe einen verbrieften Widerspruch dergestalt zu respektiren, daß er eine Eintragung abzulehnen habe, die unter Berücksichtigung des Widerspruchs als an einen Nichtberechtigten bewilligt erscheine,

übersieht, daß auch der gebuchte Widerspruch nicht zu einer Sperre des Grundbuchs führt.

2. Rambohr, Gruchots Beitr. **44** 370 hebt hervor, daß der Widerspruch des Abs. 2 sich nicht demjenigen des § 899 als ebenbürtige Erscheinung an die Seite setzen lasse. Nicht ein besonderes behördliches Verfahren behufs Aufzeichnung des Widerspruchsvermerkes auf dem Briefe ist vorgeschrieben, sondern jede Notiz, selbst wenn sie von einer Privatperson herrührt, ist genügend. Vgl. Planck III 506 Anm. 2.

§ 1141. 1. Nach Scholz, Zwangsvollstreckung gegen Drittbesitzer, Els. Lothr. JZ. **24** 277 bezeichnet „Eigenthümer" hier dasselbe, wie „Schuldner" im ZwVG. §§ 9, 17, 18 u. s. w.

2. Abs. 1 Satz 2 ist nicht bei bösem Glauben des Gläubigers anzuwenden, wenn der Nichteigenthümer seine Eintragung durch eine unerlaubte Handlung erlangt hat. Dernburg III 609.

Die seitens des Rechtsvorgängers des Hypothekars erfolgte Kündigung der Hypothek wirkt auch für seinen Nachfolger, mag er Kenntniß von ihr haben oder nicht. Enneccerus-Lehmann 169.

3. Ist in Folge nicht pünktlicher Zinszahlung die bedungene Unkündbarkeit weggefallen, so geht der Gläubiger des Kündigungsrechts nicht durch vorbehaltlose Annahme der Zinsen verlustig. RG. JW. **03** 23.

4. OLG. Colmar, Els. Lothr. JZ. **26** 1: Aus § 1141 Abs. 2 darf nicht die Zulässigkeit der Eintragung der Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten bei Sicherungshypotheken gefolgert werden.

§ 1142. 1. Nach Fuchs, Grundbuchrecht 458 ist die Frage, ob der Eigenthümer verpflichtet ist, den Gläubiger zu befriedigen, im § 1142 offen gelassen und aus der Begriffsbestimmung der Hypothek (§§ 1113, 1147) zu beantworten. Die Frage ist zu bejahen: der Eigenthümer hat die Pflicht, aus dem Grundstücke zu zahlen.

2. Eine Forderung steht dem Gläubiger gegen den Eigenthümer nicht zu. Wenn daher hier die Rede davon ist, daß dem Eigenthümer gegenüber die Forderung fällig geworden sei, so ist damit lediglich die Wirksamkeit der Fälligkeit hinsichtlich der Zulässigkeit der Anstellung der hypothekarischen Klage gemeint. Scholz, Zwangsvollstreckung gegen Drittbesitzer, Els. Lothr. JZ. **24** 278.

3. Verzug des Gläubigers allein steht der Befriedigung nicht gleich. Rosenberg, Iherings J. **43** 289.

4. Die Frage, wer die Kosten der Hypothekenklage trägt, wenn die Beklagten, die ein Trennstück nach Fälligkeit der Hypothek erwerben, den Anspruch sofort anerkennen, hat das OLG. **1** 259 (Marienwerder) dahin beantwortet, daß dem Hypothekengläubiger die Kosten aufzuerlegen sind, weil der nicht persönlich haftende Eigenthümer das Recht, aber nicht die Pflicht zur Bezahlung der Hypothekenschuld hat und daher durch die Nichtzahlung trotz Fälligkeit keinen Anlaß zur Klage gegeben hat. Dagegen wendet sich Schink, R. 03 171.

5. Die Hinterlegung ist nach der herrschenden Ansicht nur unter den im § 372 genannten Voraussetzungen zulässig. Abweichend anscheinend Fischer-Henle Note 6.

§ 1143. 1. Fuchs 460 hebt in Uebereinstimmung mit Neumann, Handausg. Anm. 6 zu § 1143 im Gegensatze zu der Ansicht von Turnau-Förster, Anm. II 2 zu § 1143 und von Mittelstein 214 Anm. 1 hervor: Bei einer Befriedigung aus dem Grundstück erlischt zwar nach ausdrücklicher Vorschrift des § 1181 die Hypothek. Daß auch die Forderung erlischt, ist im Gesetze nicht gesagt und aus dem Schweigen des Gesetzes nicht zu entnehmen, denn der Satz, daß der Eigenthümer im Falle des § 1181 gemäß § 1143 die

Forderung gegen den persönlichen Schuldner erwerbe, ist bei der 2. Lesung als sachlich richtig anerkannt und auch Angesichts der Natur der Hypothek als sicherstellendes Rechtsverhältniß und Angesichts der analogen Bestimmungen der §§ 774, 1225, 1247 nicht zu beanstanden.

2. Ueber den Ausgleich zwischen Eigenthümer und persönlichem Schuldner bemerkt Huther, MecklZ. 18 66 (gegen Boehm, Anm. II zu § 1192): Gesetzlich ist derselbe nicht geordnet. Wer vom Gläubiger herangezogen wird, haftet endgültig, wenn nicht aus besonderen Gründen ein Ersatzanspruch besteht. Die §§ 421—426 über das Gesammtschuldverhältniß sind unanwendbar, da eine Schuld des Eigenthümers nicht vorliegt, desgleichen § 1143, da dieser seinen gesetzgeberischen Grund in der der Grundschuld fehlenden akzessorischen Natur der Hypothek hat. Kann der befriedigende Eigenthümer oder Schuldner Ersatz von dem Anderen verlangen, so geht dessen Anspruch auf ihn kraft Gesetzes über. Die §§ 1143 Abs. 1, 1164 Abs. 1 sind anwendbar, da sie auf einer allgemeinen Norm beruhen.

§ 1144. 1. Nach Schweitzer, DJZ. **01** 24 ist die Klausel: „Bei Fälligkeit hat der Hypothekengläubiger gegen Empfang des Betrags die Forderung an einen vom Eigenthümer zu benennenden Dritten abzutreten" eintragungsfähig. Eine solche Hypothekenklausel giebt in jedem Falle dem Schuldner eine Einrede gegen den Gläubiger (vgl. §§ 1157, 1137, 1138).

2. Martinius, DJZ. **00** 138 verlangt vom Grundbuchamte die Prüfung, ob die Hypothek gezahlt oder auf andere Weise getilgt ist oder aus welchem Grunde sie sonst gelöscht wird und ob sie nicht etwa durch die Zahlung auf einen Anderen als den Eigenthümer übergegangen ist. Dagegen Götte, CBl. FrG. **1** 653 und Schrödter a. a. O. 928. Vgl. auch Fuchs I 464 Anm. 4, Planck III 515 Anm. 3β, KGJ. **20** A 190, **21** A 159.

3. Gegen KGJ. **20** A 308 (RJA. **1** 165, OLG. **1** 424) nehmen Planck und Fuchs a. a. O. an, daß eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Hypothekbesteller, die die Verpflichtungen des Gläubigers erweitert, eintragungsfähig ist und dem Eigenthümer eine der Vorschrift des § 1157 unterfallende Einrede gewährt. Vgl. DJZ. **01** 23.

§ 1145. 1. Güthe, R. **01** 194 ist der Ansicht, daß bei der Bestimmung des § 1145 nur an den Fall gedacht ist, daß der Eigenthümer an dem getilgten Theile der Hypothek nach § 1177 Abs. 2 eine Theilhypothek erwirbt. Hätte der Gesetzgeber zugleich den Fall des § 1177 Abs. 1 im Auge gehabt, so würde den Worten „zum Zwecke der Herstellung eines Theilhypothekenbriefs für den Eigenthümer" die Worte „oder eines Theilgrundschuldbriefs" hinzugefügt worden sein. Vgl. dagegen Neumann, Handausg. Anm. B zu § 1145, Planck III 517 Anm. 7. Fuchs I 464 Anm. 2 hebt hervor, daß der Eigenthümer die Rechte aus §§ 1144, 1145 hat, gleichviel, ob er persönlicher Schuldner ist oder nicht; denn dieser Umstand ist nur für die Frage von Bedeutung, ob er die Hypothek als Grundschuld erwirbt oder als wahre Hypothek (§ 1177 Abs. 1 u. 2).

2. Ueber die Bildung von Theilbriefen bei Abtretung oder Belastung einer Theilhypothek oder Theilgrundschuld vgl. KGJ. **21** A 330, RJA. **2** 83, OLG. **2** 273.

§ 1147. 1. Fuchs, Grundbuchr. I 468 erklärt es für unrichtig, wenn man in der durch § 1147 statuirten Verweisung des Gläubigers auf den Zwangsvollstreckungsweg ein Argument dafür zu finden glaubt, daß der Eigenthümer bei der Hypothek nicht eine Zahlungspflicht überkommen, sondern nur die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden habe, m. a. W., daß die Hypothek nicht Realobligation, sondern Pfandrecht sei. Der Anspruch auf Zwangs-

vollstreckung ist kein Kriterium für das Pfandrecht und gegen die Realobligation. Beim Fahrnißpfandrecht erfolgt die Befriedigung des Gläubigers ohne Zwangsvollstreckung, obwohl das Fahrnißpfand Pfandrecht ist und bei der Grundschuld erfolgt sie im Wege der Zwangsvollstreckung, obwohl die Grundschuld nicht Pfandrecht ist. Der materielle Inhalt der Hypothek ist aus der Begriffsbestimmung des § 1183 zu entnehmen, § 1147 regelt nur die Form der Befriedigung. Da jeder Gläubiger sich im Wege der Zwangsvollstreckung befriedigen kann und sich auf diesem Wege in Ermangelung freiwilliger Leistung seitens des Schuldners befriedigen wird, so liegt die Bedeutung des § 1147 im Wesentlichen darin, daß er die Aktionsfreiheit der Betheiligten in Ansehung anderer Befriedigungsarten (Vorbehalt der Verwirkung, Privatverkauf u. s. w.) grundsätzlich ausschließt.

2. Die Frage, ob die durch Anstellung der dinglichen Klage entstandenen Prozeßkosten vom Schuldner persönlich zu tragen sind bzw. wie in dem auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück gerichteten Prozeß über die Kosten zu entscheiden ist und welchen Einfluß die ergangene Entscheidung auf das Recht des Gläubigers hat, den Ersatz der Kosten im Zwangsversteigerungsverfahren zu erlangen, ist vielfach erörtert und in verschiedenster Weise beantwortet. Fischer-Schäfer, ZwVG. 393 Anm. 4 führen aus: Diese Kosten sind, obwohl der geltend gemachte Anspruch sich nur auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück richtet, im Urtheile dem Schuldner, wenn dieser unterliegt, nach CPO. § 91 aufzuerlegen und können durch Zwangsvollstreckung auch in das übrige Vermögen des Schuldners beigetrieben werden. Die persönliche Pflicht zur Tragung der Kosten, deren Höhe überdies durch das prozessuale Verhalten des Schuldners wesentlich beeinflußt sein kann, ist eine von der Natur des geltend gemachten Anspruchs unabhängige Rechtsfolge des Unterliegens im Prozesse. (A. M. Mittelstein, Hypothekenrecht 192.) Aber auch bei der dinglichen Klage sind die Kosten dem Kläger dann aufzuerlegen, wenn der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Klagerhebung Veranlassung gegeben hat und den Anspruch sofort anerkennt: § 93 CPO. Veranlassung zur Klagerhebung hat der Schuldner schon dann gegeben, wenn er sich auf Aufforderung geweigert hat, dem Gläubiger den für diesen unentbehrlichen Vollstreckungstitel auf dessen Kosten außergerichtlich auf dem billigsten Wege (§§ 794 Nr. 5, 799 f. CPO.) zu verschaffen. Dadurch, daß die Kosten des § 93 CPO. dem Gläubiger auferlegt sind, wird dieser übrigens nicht gehindert, die Kosten als Nebenanspruch seines dinglichen Hauptanspruchs im Vollstreckungsverfahren mitzuliquidiren, da die dingliche Haftung des Grundstücks auch für diese Kosten besteht, mögen sie auch im Verhältnisse zum Schuldner persönlich zunächst von dem Gläubiger zu tragen sein. Letzteres gilt auch von den Kosten, welche durch außergerichtliche Verschaffung eines Vollstreckungstitels dem Gläubiger erwachsen.

Fuchs I 391 Anm. 6 bemerkt: Mag auch das Gesetz nicht von einer Zahlungspflicht, sondern nur von einem Befriedigungsrechte des Eigenthümers sprechen (§ 1142), und den Hypothekengläubiger, wie im 1. Entwurfe, wo die Hypothek ausgesprochenermaßen Pfandrechtsnatur hatte, in Ansehung der Verwirklichung seines Rechtes auf den Weg der Zwangsvollstreckung verweisen, so kann doch der Gläubiger das Klagepetitum auf Zahlung aus dem Grundstücke richten und braucht sich nicht mit einem bloßen Petitum auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu begnügen. Das äußert praktische Konsequenz darin, daß der Eigenthümer, welcher den Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung sofort anerkennt, ohne für Befriedigung des Gläubigers gesorgt zu haben, keineswegs etwa der Verurtheilung in die Kosten der dinglichen Klage entgehen und

daß er nicht etwa die Kostenlast unter der Begründung von sich abwälzen kann, daß er, weil er nicht zu zahlen, sondern nur die Zwangsvollstreckung zu dulden verpflichtet sei und diesen Anspruch sofort anerkannt habe, zur Klage keinen Anlaß gegeben habe. Wer ein Grundstück übernimmt, auf welchem eine Hypothek, also nach der Definition des § 1113, ein dinglicher Zahlungsanspruch für den Berechtigten eingetragen ist, hat dafür zu sorgen, daß der Berechtigte Zahlung erhält und genügt seiner Rechtspflicht nicht schon dadurch, daß er bloß erklärt, er wolle sich die Zwangsversteigerung seines Grundstücks gefallen lassen. Die entgegenstehende Entscheidung des OLG. Marienwerder, **1** 259, die den Hypothekengläubiger zur Tragung der Prozeßkosten verurtheilt hat, nachdem der Eigenthümer auf die dingliche Hypothekenklage seine Duldungspflicht anerkannt hatte, führt zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Schädigung des Realkredits, wenn der Hypothekengläubiger dem Eigenthümer vorerst dessen Kosten erstatten muß, um sie demnächst aus dem Grundstücke liquidiren zu können.

Eine vermittelnde Ansicht vertritt Planck III 521, der u. A. hervorhebt (im Gegensatze zu den nachfolgend mitgetheilten Entscheidungen!), daß der Eigenthümer, der sich lediglich passiv verhalten hat, keine Veranlassung zum Prozesse gegeben hat, daß er nicht verpflichtet ist, sich dem Gläubiger gegenüber positiv bereit zu erklären, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden, daß er auch nicht verpflichtet ist, sich dem Gläubiger gegenüber zur Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde nach Maßgabe des § 794 Nr. 5 CPO. zu erbieten. Veranlassung zum Prozesse gegen den gemäß § 93 CPO. anerkennenden Eigenthümer ist allein die gesetzliche Vorschrift, daß der Gläubiger zur Verwirklichung seines Rechtes eines vollstreckbaren Titels bedarf. Der Gläubiger ist in solchem Falle persönlich verpflichtet, die Kosten zu tragen, wie er ja zunächst auch die Kosten einer Kündigung zu tragen hat, aber er kann Ersatz aus dem Grundstücke fordern. Das Urtheil hat daher dahin zu lauten, daß der Gläubiger in die Kosten des Prozesses verurtheilt wird, daß aber die Verurtheilung des Eigenthümers zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück wegen der Hypothekensumme auch auf den Betrag der dem Kläger zur Last fallenden Kosten des Prozesses ausgedehnt wird. Ebenso liegt die Sache im Falle, daß der Beklagte vor Erhebung der Klage den Anspruch des Klägers bestritten hat. Hat der Beklagte dagegen nicht den Anspruch sofort anerkannt, so ist in Betreff der Kosten nach §§ 91, 92 CPO zu erkennen; hinsichtlich der ihm zur Last gelegten Kosten hat Kläger nicht das Recht, Befriedigung aus dem Grundstücke zu verlangen.

Aus der Praxis sind — neben dem schon zitirten Urtheile des OLG. Marienwerder **1** 259 — folgende Entscheidungen hier wiederzugeben:

a) OLG. **3** 318, 319 (Celle): Erkennt der beklagte Eigenthümer, der lediglich dinglich haftet, den Anspruch der Hypothekengläubiger sofort an, so sind trotz des § 93 CPO. dem Beklagten, der sich gegenüber dem fälligen Anspruche passiv verhielt, insbesondere sich nicht zur Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde erboten hat (§ 794 Nr. 5 CPO.), die Kosten des Rechtsstreits und zwar ohne Beschränkung auf die Haftung mit dem Grundstück aufzuerlegen.

b) OLG. **2** 295 (Dresden): Der Ehemann hat schon dann zur Klage gegen ihn Anlaß gegeben, wenn er dem Gläubiger auch ohne Anregung nicht eine vollstreckbare Urkunde gemäß § 794 Nr. 5 CPO. ertheilt hat.

c) SächsObLG. 23 532: Klagt der Hypothekengläubiger gegen den Konkursverwalter auf Zahlung der Hypothek, so sind dem Konkursverwalter, wenn er auch sofort den eingeklagten Anspruch anerkennt, die Kosten des Prozesses aufzuerlegen, sofern nicht der Verwalter dem Gläubiger rechtzeitig eine vollstreckbare Ausfertigung angeboten hat.

3. RG. JW. 01 183: Beim Konkurs des Pfandschuldners ist die Klage gegen den Konkursverwalter zu richten.

§ 1149. 1. Aus einer Vereinbarung gemäß § 1149 — die erst nach der Fälligkeit des Anspruchs statthaft ist — erlangt der Gläubiger das obligatorische, also nicht gegen spätere Eigenthümer wirksame Recht, das für ihn fremde Grundstück in eigenem Namen zu verkaufen, aus dem von ihm einzuziehenden Kaufpreise die aus dem Grundstücke zu zahlende Summe zu behalten und von dem Eigenthümer die Auflassung des Grundstücks an den Käufer zu verlangen. Die für den verkaufenden Gläubiger sich aus der Grundbuchverfassung ergebende Schwierigkeit der Eigenthumsverschaffung kann durch eine in Verbindung mit der Vereinbarung zu ertheilende Auflassungsvollmacht unter Ausschluß ihrer Widerruflichkeit (§ 168 Satz 2 BGB.) vermieden werden. Fischer-Schäfer 112; ebenso Fuchs I 473 Anm. 4c; Planck III 525 Anm. 3; a. A. bezüglich der Unwiderruflichkeit Turnau-Förster I 658 Anm. 2.

Auch diese Vereinbarung bedarf, wie Planck gegen Turnau-Förster hervorhebt, der Form des § 313, da sie den Eigenthümer zur Uebereignung des Grundstücks an den Käufer des Gläubigers verpflichtet.

2. BayrObLG., Pfälz. R. 1 25: Unstatthaft ist die vor Eintritt der Fälligkeit einem Hypothekengläubiger gegenüber erfolgende vertragsmäßige Einräumung eines Rechtes des Inhalts, daß dem Verkäufer eines Grundstücks für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises neben der sofortigen Zwangsvollstreckung ein zweiter Weg, sich aus dem Grundstücke Befriedigung zu verschaffen, dadurch eröffnet wird, daß er die Veräußerung des Grundstücks durch einfache öffentliche Versteigerung solle bewirken dürfen.

§ 1150. 1. Fuchs I 474 Anm. 2 bemerkt: Anders wie § 268 setzt § 1150 nicht voraus, daß der Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt oder auch nur Klage erhebt; nicht einmal die Fälligkeit des Anspruchs ist zur Voraussetzung des Ablösungsrechts gemacht. Dagegen Böhm, Anm. 1c zu § 1150 und Planck III 526 Anm. 1, welcher die Fuchs'sche Ansicht nur für den Fall für zutreffend erachtet, daß der persönliche Schuldner vor der Fälligkeit zur Leistung berechtigt, der Gläubiger also vor Fälligkeit zur Annahme verpflichtet ist.

2. Streitig ist, ob mehrere Ablösungsberechtigte gleichberechtigt sind oder ob einem vor den anderen ein Vorzugsrecht zusteht. Während Planck III 526 Anm. 2 sich im Sinne der ersteren Alternative entscheidet, meint Oberneck 577 § 134 Anm. 3, daß derjenige, der sich zuerst gemeldet hat, Fuchs I 477 Anm. 6d, daß derjenige, der am meisten gefährdet ist, den Vorzug habe; Jaeckel, ZwVG. § 75 Anm. 2 endlich hält dafür, daß das Gericht die Zahlung mit Rücksicht auf § 268 Abs. 3 von demjenigen entgegenzunehmen habe, der nach der Rangstellung seines Rechtes die übrigen ausschließe; wer nur Gefahr laufe, den Besitz zu verlieren, stehe in letzter Reihe.

§ 1152. 1. Zur Bildung der Theilhypothekenbriefe bedarf es auch nicht der Zustimmung der anderen Gläubiger der getheilten Post; jeder Theilhypothekengläubiger kann vielmehr unter Vorlegung des Briefes die Ausstellung eines Theilbriefs über seine Theilhypothek erwirken. Mot. III 762; Planck III 528 Anm. 2; Oberneck, Anm. 4 zu § 128; dagegen hält Fuchs I 479 die Einigung zwischen Stamm- und Theilgläubiger für erforderlich.

2. OLG. 2 273, 274 (KG.). a) Es hängt bei der Theilabtretung vom Willen des Theilveräußerers oder des Theilerwerbers ab, ob über die abgezweigten Theile selbständige Urkunden gebildet werden sollen. Dem Erfordernisse der Briefübergabe kann auch ohne Bildung eines Theilhypothekenbriefs dadurch genügt werden, daß dem Erwerber, wenn auch nur gemäß § 930, der Mitbesitz an dem vorhandenen Hypothekenbrief eingeräumt wird.

b) Die Eintragung der eine Briefhypothek betreffenden Theilabtretung setzt nicht die Herstellung eines Theilshypothekenbriefs voraus. KG. R. **01** 351.

3. Ueber die Zuständigkeitsfrage und über Form und Inhalt des Theilhypothekenbriefs vgl. (außer §§ 61, 70 GBO.) OLG. **2** 496; KGJ. **22** A 176.

§ 1153. 1. Othmer, Vormerkung 92 betont, daß der Grundsatz des § 1153 auch für die vorgemerkte Hypothek gilt. Vgl. Biermann, Widerspruch und Vormerkung 143.

Die herrschende Ansicht hält § 1153 für unanwendbar auf die Grundschuld. Dagegen Hachenburg, Beitr. 85 ff.

2. OLG. **4** 488 (KG.): Zwischen städtischen Anstalten und Vermögensmassen, die zwar selbständige Rechnungsführung haben, aber von städtischen Behörden verwaltet und vom Magistrat vertreten werden, z. B. Sparkassen, zu milden Zwecken geschenkte Kapitalien, können, da ihnen die selbständige Rechtspersönlichkeit fehlt, Umschreibungen gemäß §§ 1153 ff. nicht vorkommen, sondern nur solche nach § 4 Abs. 2 der preuß. J.Min.Verf. v. 20. 11. 99.

§ 1154. 1. Unter Bezugnahme auf KGJ. **21** A 330; RJA. **2** 83; OLG. **2** 273 heben Oberneck § 128 Ziff. 4; Fuchs I 486 Anm. 9; Planck III 533 Anm. 5 u. a. hervor, daß bei Theilabtretungen Einräumung des Mitbesitzes an der Stammurkunde oder an einem Theilbrief an den Zessionar genügt, wennschon das praktisch wenig empfehlenswerth ist.

Jedenfalls darf (nach KG.) die Eintragung der eine Briefhypothek betreffenden Theilabtretung nicht von der Herstellung eines Theilhypothekenbriefs abhängig gemacht werden.

2. Soll die Theilabtretung ins Grundbuch eingetragen werden, so bedarf es nur der Beibringung des Theilbriefs, nicht auch des Hauptbriefs. Jastrow, Formularbuch II 190; Fuchs I 486 Anm. 9; a. A. Oberneck, Ziff. 5 zu § 128.

3. Entscheidungen des Kammergerichts:

a) Ist dem Grundstückseigenthümer löschungsfähige Quittung über eine auf seinem Grundstück eingetragene Hypothek ertheilt, so kann er über diese Hypothek ohne vorherige Umschreibung derselben auf seinen Namen verfügen. R. **00** 439.

b) Die Eintragung der Abtretung oder Pfändung einer Theilhypothek ist abzulehnen, wenn die Herstellung eines Theilhypothekenbriefs unzulässig ist, insbesondere dann, wenn die Theile, in die die Hypothek zerlegt wird, unbestimmt sind. RJA. **3** 107.

c) Die gerichtliche Versteigerungsanordnung und das Versteigerungsprotokoll sind für den Grundbuchrichter keine genügende Unterlage zur Umschreibung einer versteigerten Hypothek. PosMschr. **02** 134.

d) Die Urkunde über Abtretung einer Briefhypothek beweist nicht die Zeit des Ueberganges der Hypothek, da sie nicht klarstellt, wann die Uebergabe des Hypothekenbriefs erfolgt ist. Wenn daher dem Grundbuchrichter eine Verfügungsbeschränkung und danach eine Abtretungsurkunde über dieselbe Hypothek vorgelegt wird, so hat der Grundbuchrichter, selbst wenn die Abtretungsurkunde ihrem Datum nach früher ausgestellt als die Verfügungsbeschränkung ergangen ist, die Verfügungsbeschränkung vor der Abtretung einzutragen und erstere auf dem Hypothekenbriefe zu vermerken, sofern die Möglichkeit besteht, daß die Hypothek durch Uebergabe des Briefes erst nach dem Erlasse der Verfügungsbeschränkung und in Kenntniß des Verfügenden und des Erwerbers von ihr erworben ist. KGJ. **25** A 163.

§ 1155. 1. Die Vorschrift, daß der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung auch ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntniß einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Forderung gleichsteht, hat zu Streit darüber geführt,

welche Fälle des Ueberganges der Hypothekenforderung kraft Gesetzes hierher gehören. Biermann 216, Böhm 225, Fuchs I 495 f. und Dronke, CBl. FrG. 1 957 ff. gehen davon aus, daß die Verzichtserklärung des Gläubigers auf die Hypothek der Abtretung nicht gleichzustellen sei, weil sie ohne Eintragung einen Uebergang der Hypothek auf den Eigenthümer nicht bewirkt (§ 1168). Dagegen Turnau-Förster I 671, Planck III 537.

2. Gegen Biermann 216 Anm. 1 zu § 1155 führt das LG. Dessau, ThürBl. **49** 268 aus, daß der gerichtliche Ueberweisungsbeschluß die Abtretungsurkunde nur dann ersetzt, wenn die Ueberweisung an Zahlungsstatt erfolgt ist, da nur diese, nicht auch die Ueberweisung zur Einziehung, die materielle Wirkung der Abtretung hat (§ 835 CPO.). Uebereinstimmend Turnau-Förster I 671, Fuchs I 495.

§ 1157. 1. Die Ansprüche aus §§ 894 ff. stehen dem Eigenthümer gegen einen durch die Bestimmungen über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht geschützten Sondernachfolger des ihm obligatorisch verpflichteten Gläubigers sowie auch gegen diesen selbst zu. Planck III 543 Anm. 3. Dahingegen will Fuchs I 505 gegen den ursprünglichen Gläubiger aus obligatorischem Abkommen nur den obligatorischen Anspruch auf Herstellung des entsprechenden Buch- und Briefzustandes und den Anspruch auf Vormerkung (§§ 895, 883, 1138) zulassen.

2. **RG.** JW. **01** 181: Dem schlechtgläubigen Zessionar kann der Eigenthümer eine Einrede, die ihm aus einem zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse zusteht, entgegenhalten.

§ 1158. 1. Die Thatsache und den Zeitpunkt der Kenntnißnahme des Eigenthümers von der Uebertragung der Forderung hat der Gläubiger zu beweisen. Fuchs I 508, Planck III 545. Dagegen sind Neumann, Anm. III zu § 1158 und Turnau-Förster I 677 Anm. 2 der Ansicht, daß der Eigenthümer beweisen müsse, ob und wann ihm die Uebertragung bekannt geworden ist.

2. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **01** 78: Wenn auch § 1158 von den für das laufende und das folgende Quartal fälligen Zinsen spricht, so ist doch der Wortlaut gegenüber der Entstehungsgeschichte und den §§ 573, 574, 1123, 1124 nicht maßgebend. Vielmehr ist im § 1158 der Zeitabschnitt gemeint, für welchen die Zinsen bestimmt sind.

Oberneck, DNotVZ. **01** 151: Verzicht des Eigenthümers des belasteten Grundstücks auf die Vorlegung des Briefes im Falle der Kündigung der Hypothek. — Habicht, JW. **01** 770 ff.: Die Vorlegung der Legitimationsurkunden bei einseitigen Rechtsgeschäften. — Vgl. auch JW. **02** 698.

§ 1160. 1. Oberneck 657 und Turnau-Förster I 680 erblicken in dem Widerspruche nach § 1160 ein Bestreiten der Aktivlegitimation, in der Urkundenvorlegungspflicht des Gläubigers eine Art Beweisregel. Fuchs I 510 und nach ihm Planck III 548 bezeichnen den Widerspruch als eine selbständige Einrede der mangelnden Briefvorlegung; das Vorlegungsverlangen hat mit dem Bestreiten des klägerischen Gläubigerrechts und mit dem prozessualen Editionsverlangen nichts zu thun, es ist eine formale, von der Formulirung eines Beweissatzes und der Angabe eines Zweckes unabhängige, im materiellen Rechte begründete Befugniß. Im Prozesse hat der Beklagte die Einrede bis zum Ende der mündlichen Schlußverhandlung vorzubringen (§§ 767 Abs. 2, 797 Abs. 4 CPO.); im Falle der außergerichtlichen Geltendmachung der Hypothek muß die Rüge unverzüglich (§ 121 BGB.) erhoben werden.

2. Ueber die Zulässigkeit und die Eintragungsfähigkeit einer rechtsgeschäftlichen Abänderung der dem Eigenthümer nach § 1160 zustehenden Befugnisse

herrscht Streit, jedoch nur hinsichtlich der Begründung; im Ergebnisse sind Turnau=Förster I 681 Anm. 8, Hachenburg, Vortr. 585, Planck III 549 Anm. 6, Oberneck § 149 Ziff. 3, Fuchs I 514 Anm. 10 einig: eine abweichende rechtsgeschäftliche Regelung ist zulässig und eintragungsfähig. Ebenso auch das Kammergericht, vgl. KGJ. **20** A 107, RJA. **1** 34, OLG. **1** 10, R. **00** 235, 264: Die Erklärung, durch welche der Eigenthümer auf das Recht verzichtet, einer Kündigung oder Mahnung des Hypothekengläubigers dann zu widersprechen, wenn der Gläubiger nicht den Hypothekenbrief und die sein Gläubigerrecht nachweisenden Abtretungserklärungen vorlegt, ist zulässig und eintragungsfähig. Die Vorschrift des Abs. 1 des § 1160 ist eine zwingende, die des Abs. 2 eine nachgiebige.

3. OLG. Celle, R. **01** 539: In der Zustellung der Hypothekenklage liegt die Kündigung; eine unverzügliche Zurückweisung derselben im Sinne des § 1160 Abs. 2 ist in dem in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag auf Abweisung der Klage unter der Begründung, der Gläubiger habe nicht mit Zustellung der Klage den Hypothekenbrief vorgelegt, nicht zu finden.

§ 1162. 1. Der neue Brief tritt an die Stelle des bisherigen. Der Gläubiger erhält durch den neuen Brief nicht mehr Rechte als durch den bisherigen. Hatte er vorher kein Gläubigerrecht, so erlangt er dies weder durch den neuen Brief, noch durch das Ausschlußurtheil. Eine Ausschließung des wahren Gläubigers findet durch die Kraftloserklärung der Urkunde nicht statt. Der wahre Gläubiger kann, ohne zur Anfechtungsklage schreiten zu müssen, den neuen Brief ebenso vindiziren, wie er den bisherigen hätte vindiziren können; er behält Berichtigungsanspruch und Widerspruchsrecht (§§ 894, 899). Kraftlos wird nur der alte Brief, nicht das Hypothekenrecht des wahren Gläubigers. Fuchs I 516. Zustimmend Planck III 551.

2. EBlFrG. **2** 434 (KG.): Ist ein Theil des Hypothekenbriefs abhanden gekommen oder vernichtet, und ist der vorhandene Theil zu grundbuchmäßigen Verfügungen nicht verwendbar, so muß der ganze Hypothekenbrief durch Ausschlußurtheil für kraftlos erklärt werden.

Literatur: Bollenbeck, DNotV3. **01** 38: Abtretung der Eigenthümerhypothek und R. **01** 369: „Die preuß. Eigenthümerhypotheken in der Uebergangszeit." — Cohn, JW. **02** 7: Die Kaufgelderhypothek nach vollzogener Wandelung. — Dahse, Meckl. Zeitschr. **19** 74: Tilgung und Neueintragung von Hypotheken. — Friedrichs, Meckl. Zeitschr. **19** 68: Tilgung und Wiedereintragung von Hypotheken. — Goldschmidt, A.bürgR. **20** 23: Noch einmal die Eigenthümerhypothek. — Grisebach, DJZ. **01** 207: Umschreibung einer Hypothek, deren Löschung bewilligt ist, auf einen neuen Gläubiger. — Güthe, R. **01** 191, 219: Einige Fragen zur Lehre von der Eigenthümerhypothek. — Krebs, KGBl. **12** 5: Einfluß des BGB. auf bestehende Eigenthümerhypotheken. — Ladenburger, BadRpr. **01** 276: Die Eigenthümerhypothek. — Lange, Die Eigenthümerhypothek nach dem BGB. Inaug.=Diss. 1901. — Lederle, R. **01** 513: Zur Eigenthümerhypothek. — Stegemann, Gruchots Beitr. **46** 322: Bemerkungen betr. die vor 1. 1. 00 eingetragenen Kautionshypotheken preußischen Rechtes.

§ 1163. 1. Streit herrscht darüber, ob § 1163 sich auch auf Hypotheken bezieht, die vor dem 1. 1. 00 eingetragen worden sind. Verneinend: Dernburg III 593 Anm. 2; Habicht 474; Crusen=Müller 308; Fuchs 24; KGJ. **20** A 311 ff., KGJ. **21** A 154. Bejahend: Turnau=Förster I 690; Türcke=Niedenführ III 485 Anm. 14; Stranz=Gerhard 217; OLG. Dresden **1** 453; **RG. 48** 51; JW. **01** 239, jetzt auch KGBl. **02** 26; OLG. Königsberg **4** 194. Vgl. auch das in Ziff. 2b zu § 1177 und in Z. 3 zu § 1190 Angeführte.

2. Die herrschende Meinung fordert als Voraussetzung für die Eigenthümerhypothek, daß außer der Eintragung auch eine rechtsgültige Einigung über

die Entstehung des dinglichen Rechtes vorliegt. Vgl. darüber Ziff. 1 zu § 1196 und Planck III 553.

3. Wegen der Legitimation des Eigenthümers gegenüber dem Grundbuchamte vgl. KGJ. **21** A 159.

4. Aus der sonstigen Praxis des KG.: Eine Löschungsbewilligung mit dem allgemeinen Bekenntnisse des Valutaempfanges beweist nicht ohne Weiteres die Entstehung der Eigenthümerhypothek. KGJ. **23** A 236, OLG. **4** 79.

Der Hypothekenschuldner kann nur dann über eine ihm voraussichtlich später als Eigenthümerhypothek zufallende Hypothek schon vor dem Eintritte der dieses Zufallen bedingenden Voraussetzungen verfügen, wenn der gegenwärtige Hypothekengläubiger seine Einwilligung hierzu erklärt. R. **01** 536.

Die Eintragung der Pfändung einer Eigenthümerhypothek ist zulässig, wenn die Entstehung dieser Hypothek urkundlich nachgewiesen ist. KGJ. **22** A 171.

Wenn der eingetragene Gläubiger mangels Aushändigung des Hypothekenbriefs nicht Gläubiger geworden ist, so kann der Eigenthümer die Hypothek nur als Grundschuld oder nach Substituirung einer neuen Forderung abtreten. KGJ. **22** A 310, OLG. **3** 362.

Der Miterbe eines Hypothekengläubigers, der zugleich Eigenthümer des belasteten Grundstücks ist, erwirbt die Hypothek nicht antheilsmäßig als Eigenthümerhypothek. KGJ. **20** A 317.

Die vorgemerkte Hypothek geht im Falle der Löschungsbewilligung nicht als Eigenthümerhypothek auf den Grundstückseigenthümer über; derselbe kann daher über sie nicht verfügen. KGBl. **13** 111.

5. **RG. 51** 43: Wenn auch eine Hypothek nach § 1113 Abs. 2 für eine künftige Forderung bestellt werden kann, so erlangt der eingetragene Eigenthümer ein materielles Hypothekenrecht doch erst mit der Entstehung der Forderung.

§ 1164. 1. Fuchs I 529: § 1164 regelt die Hypothek des Schuldners, § 1163 Abs. 1 Satz 2 die Eigenthümerhypothek, § 1143 die Hypothek des Eigenthümers.

Nach der herrschenden Ansicht gilt § 1164 auch für Sicherungshypotheken. Dagegen Staudinger 258.

2. **RG. 47** 266: Der Eigenthümer erwirbt eine auf seinem Grundstücke haftende Hypothek dadurch, daß er sie aus den Versicherungsgeldern für abgebrannte Gebäude bezahlt.

R. **00** 541 (KG.): Die Zusage des Hypothekengläubigers, gegen Empfang des Betrags der Hypothekenforderung die Forderung an einen von dem Eigenthümer zu benennenden Dritten abzutreten, ist nicht eintragungsfähig.

§ 1165. 1. Turnau-Förster I 693 Anm. 2 und Fuchs I 533 Anm. 4 nehmen an, daß die Befreiung nicht ein Erlöschen der Forderung bedeute, sondern dem Schuldner bloß eine materiell-rechtliche Einrede, ein Recht, die Leistung dauernd zu verweigern, gewähre. Dagegen Planck III 559 Anm. 3: Die Wirkung der Verfügung des Gläubigers besteht in dem Erlöschen der persönlichen Schuld, der Schuldner wird ohne Weiteres frei.

2. KGJ. **23** A 158 (KG.); Seuff. A. **57** 140; RJA. **3** 35: Der Verzicht auf eine Hypothek bedeutet lediglich die Aufgabe des Hypothekenrechts seitens des Gläubigers; die Forderung wird nicht berührt. Der Verzicht wird erst wirksam mit der Eintragung, und erst nach der Eintragung kann der Eigenthümer über dieselbe verfügen, z. B. dieselbe löschen lassen. Bei der Aufhebung der Hypothek dagegen wird die völlige Beseitigung der Hypothek erstrebt. Zur Aufhebung bedarf es nach §§ 875, 1183 der Aufhebungserklärung des Gläubigers, der Zustimmungserklärung des Eigenthümers und der Löschung, zu der eine besondere Bewilligung des Gläubigers nicht erforderlich ist.

Nach SächsOLG. 23 87, Seuff. A. 57 127 kommt § 1165 insbesondere dann zur Anwendung, wenn der Zwangsvollstreckungsgläubiger, der eine Sicherungshypothek aus § 866 CPO. am Grundstücke des Schuldners erlangt hat, auf die hierdurch erlangten Rechte verzichten will, um anderweit aus dem Vermögen des Schuldners Befriedigung erlangen zu können. Zur Verzichtserklärung hat der Vertreter beglaubigte Vollmacht einzureichen.

§ 1168. 1. Die im § 1144 bezeichneten Rechte sind dem Eigenthümer nicht gewährt — so gegen Biermann, Anm. 1 und Turnau-Förster, Anm. 4 (I 698) Fuchs I 539 und Planck III 564. Fuchs hebt aber hervor, daß der Eigenthümer auf Grund des eingetragenen Verzichts einen dinglichen Berichtigungsanspruch, den Rechtsbehelf des Widerspruchs sowie die Vindikation in Ansehung des Briefes hat, den er zum Zwecke der Umschreibung der Post nach § 42 Satz 1 GBO. vorlegen muß (§§ 894—899, 952).

2. RG. JW. 02 248: Der Inhaber einer Eigenthümerhypothek ist nicht behindert, über die Löschung derselben im Voraus Verpflichtungen einzugehen.

§ 1169. 1. Hellwig, Anspruch und Klagerecht 11: In dem Verlangen des Verzichts liegt die Geltendmachung der Einrede.

2. Fuchs I 540; Turnau-Förster u. A. heben hervor, daß der Anspruch auf den Verzicht dinglich sei. A. A. Cohn, JW. 02 7.

§ 1170. Fuchs I 541: Nur mit dem dinglichen, nicht auch mit dem persönlichen Rechte wird der Gläubiger durch das Aufgebot ausgeschlossen.

Biermann 227 hebt hervor: Die 10 Jahre seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung, bzw. seit Ablauf des Zahlungstags müssen bei Stellung des Aufgebotsantrags (nicht etwa erst bei Erlaß des Ausschlußurtheils) abgelaufen sein.

Turnau-Förster I 701 Anm. 3 und Fuchs I 544 Anm. 4: Der Eigenthümer erwirbt die Hypothek, wenn in dem Ausschlußurtheile bestimmten Personen ihre Rechte vorbehalten sind, erst dann, wenn der Vorbehalt durch Verzichtserklärung der Betheiligten oder durch eine sie ersetzende rechtskräftige Verurtheilung zu Gunsten des Eigenthümers erledigt ist. Dagegen Planck III 568 Anm. 6d.

§ 1172. 1. Es besteht Streit darüber, ob die Gemeinschaft eine solche zur gesammten Hand ist, oder nicht. Dafür sind Biermann 229; Maenner 342; Oberneck § 145 Ziff. 8; Hachenburg, Vortr. 660; Meisner 259; Staudinger III 263; dagegen Endemann § 124 Anm. 8 und Türcke-Niedenführ III 495 Anm. 3; letztere mit der Begründung, daß das Recht jedes Betheiligten, beliebig die Auftheilung zu verlangen, und das Fehlen eines abgesonderten Vermögens der Gemeinschaft zur gesammten Hand widerspreche. Fuchs I 552 und Neumann, Handausg. Anm. II 1 zu § 1172 nehmen ebenfalls eine Theilgemeinschaft nach § 741 BGB. an; Planck III 572 Anm. 3b nimmt eine „Gemeinschaft besonderer Art" an.

2. Streitig ist, welcher Zeitpunkt für die Werthberechnung (Abs. 2 Satz 1) maßgebend ist. In Uebereinstimmung mit den Protokollen II 4545 bzw. III 629 halten Lang, A.civPr. 89 295; Planck III 573 Anm. 4b; Türcke-Niedenführ III 495 Anm. 5; Fuchs I 554 den Zeitpunkt für entscheidend, in welchem die Hypothek als Gesammthypothek zur Entstehung gelangt ist; dagegen sind Turnau-Förster, Fischer-Henle, Böhm, Biermann, Hachenburg, Kuhlenbeck der Meinung, daß der Werth zur Zeit der Theilung entscheidend sei.

§ 1175. Wegen der Frage, ob die Zustimmung des Eigenthümers zur Löschung (§ 27 GBO.) bei Zerlegung einer Gesammthypothek in Einzelhypotheken und bei Verzicht auf die Gesammthypothek an einem der Grundstücke erforderlich ist, vgl. Ziff. 2 zu § 1132. Jacubezky, Gruchots Beitr 46 65: „Der § 27 Abs. 1 GBO. im Verhältnisse zu § 1132 Abs. 2, § 1175 Abs. 1 Satz 2

BGB." sagt: Die Vorschrift des § 27 GBO. gilt nur für Löschungen, nicht für anderweitige Eintragungen, aus denen sich das Erlöschen einer Hypothek als Rechtsfolge ergiebt, sie ist also auf die Fälle der §§ 1132 Abs. 2, 1175 Abs. 1 Satz 2 nicht anwendbar. Vgl. auch Güntzer, Seuff. Bl. **00** 122: „Zur Frage der Hypothekenerneuerung bei Gesammthypotheken nach dem bayrischen G. v. 18. 6. 1898."

§ 1176. 1. Oberneck 632 § 145 Ziff. 7: Steht ein Theilbetrag einer Gesammthypothek den Eigenthümern der verhafteten Grundstücke gemeinschaftlich zu, bzw. geht derselbe auf sie kraft Gesetzes über (§ 1172 Abs. 2), so darf diese Eigenthümerpost nicht zum Nachtheile der dem Gläubiger verbleibenden Restpost geltend gemacht werden, so daß bei einer Rangkollision die Resthypothek des Gläubigers den Vorrang hat.

2. KG. PosMschr. **01** 137: Die Eintragung des satzungsmäßigen Vorranges des nicht getilgten Theiles der Hypothek vor dem getilgten Theile ist zulässig.

§ 1177. 1. Martinius, Gruchots Beitr. **44** 383: Der Abs. 1 des § 1177 findet auch dann Anwendung, wenn die Hypothek von vornherein nicht von dem eingetragenen Gläubiger, sondern von dem Eigenthümer erworben wird. Zustimmend Planck III 585 Anm 2a.

2. a) Das Verhältniß des § 1177 Abs. 1 Satz 1 zu §§ 877, 1152 BGB. und zu §§ 22, 40 GBO. behandelt Güthe, R. **01** 191, 219 („Einige Fragen zur Lehre von der Eigenthümerhypothek"). Nach ihm finden die Vorschriften der §§ 873, 877 auf die Verwandlung der Hypothek in eine Grundschuld keine Anwendung (192). Auch dann, wenn der Eigenthümerhypothekar, nachdem das Grundstück durch Auflassung oder auf sonstigem Wege auf einen neuen Eigenthümer übergegangen ist, die Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen herbeiführen will, bedarf es nicht der Zustimmung des neuen Eigenthümers (193). Wenn der Grundstückseigenthümer, der zugleich der persönliche Schuldner ist, einen Theil einer Briefhypothek bezahlt, also in Höhe dieses Betrags eine Grundschuld erwirbt, so ist für diese kein Theilgrundschuldbrief zu bilden, die Anwendbarkeit des § 1152 ist ausgeschlossen (193). Der Grundstückseigenthümer, der eine auf seinem Grundstück eingetragene Hypothek nach den Grundsätzen der Eigenthümerhypothek erworben hat, ist, gleichviel, ob die Hypothek sich in eine Grundschuld verwandelt oder Hypothek bleibt, trotz § 40 GBO. befugt, über die Post grundbuchmäßig zu verfügen, ohne genöthigt zu sein, sich vorher als Gläubiger eintragen zu lassen. (Im Ergebniß übereinstimmend KGJ. **20** A 190; R. **00** 439 Nr. 442.) Diese Berechtigung dauert nur so lange, als der Eigenthümerhypothekar Grundstückseigenthümer bleibt. Geht das Grundstück in das Eigenthum eines Dritten über, so wird der bisherige Eigenthümerhypothekar ein den gewöhnlichen Regeln des Hypothekenrechts unterliegender Hypothekengläubiger.

Dies bezieht sich jedoch nur auf die persönliche Legitimation des Eigenthümerhypothekars. Verschieden hiervon ist die Frage, ob in Folge der auf Grund der Regeln über die Eigenthümerhypothek in einer Reihe von Fällen eintretenden Aenderung des Inhalts des Rechts, d. h. in Folge der Verwandlung der Hypothek in eine Grundschuld, die Eintragung nothwendig wird. Die Beantwortung dieser Frage richtet sich nach der Art der Verfügung, welche über die in eine Grundschuld verwandelte Post getroffen wird. Besteht die Verfügung in der Löschung der Grundschuld, so ist die Frage zu verneinen, in allen übrigen Fällen ist sie zu bejahen.

Neben der vermittelnden Ansicht von Güthe stehen einerseits OLG. **1** 303, 416, **2** 154 (KG.) und OLG. Jena **3** 198, welche die Vorschrift des § 40

Abs. 1 GBO. für nicht anwendbar auf Eigenthümerhypotheken erklären, andererseits Achilles-Strecker 269; Turnau-Förster I 646, 718; Dronke, CBlFrG. 1 963; Hoffmann ebenda 2 637.

b) Vollenbeck, R. 01 369 ff.: „Die preuß. Eigenthümerhypotheken in der Uebergangszeit" bespricht die KG.-Entscheidungen v. 17. 9. 00 (RJA. 1 162) und 3. 12. 00 (JustMinBl. 01 35), von denen die erstere angenommen hat, daß die preuß. Eigenthümerhypothek in eine Grundschuld verwandelt sei, während die letztere die Ansicht vertritt, daß die Eigenthümerhypothek des alten Rechtes auch unter dem neuen Rechte als wirkliche Hypothek zu gelten habe. Er kommt zu dem Ergebnisse:

α. Preuß. Eigenthümerhypotheken, bei denen der Eigenthümer vor der Vereinigung von Hypothek und Eigenthum persönlicher Schuldner der Forderung war, bestehen als Eigenthümergrundschulden nach Abs. 1 des § 1177 fort.

β. Solche, bei denen der Eigenthümer vor dieser Vereinigung nur dinglich haftete, bestehen als Eigenthümerhypotheken nach Abs. 2 des § 1177 fort. Vgl. Ziff. 1 zu § 1163, Ziff. 3 zu § 1190 (s. u. Ziff. 2 zu Art. 192).

3. Wenn der Eigenthümer die in eine Grundschuld verwandelte Eigenthümerhypothek vor der Berichtigung des Grundbuchs gemäß §§ 1180, 1198 in eine Hypothek umwandelt, so ist, trotzdem die Hypothek noch als solche im Grundbuche verzeichnet steht, doch sowohl die Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld als auch die Verwandlung der Grundschuld in eine Hypothek im Grundbuche zum Ausdrucke zu bringen. Oberneck 925; Achilles-Strecker 82; Turnau-Förster I 718; Grisebach, DJZ. 01 207; Planck III 587; Fuchs I 570. A. A. Biermann, Böhm: Die Doppeleintragung könne gespart werden. Vgl. OLG. 2 318 (Braunschweig).

4. Aus der Praxis. Der in OLG. 1 416 vertretenen Ansicht des KG., daß bis zum Beweise des Gegentheils der Grundbuchrichter annehmen dürfe, der Grundstückseigenthümer habe die Hypothek auch als persönlicher Schuldner zurückgezahlt, tritt OLG. Braunschweig, 2 318, entgegen; es führt u. A. aus:

Der Grundbuchrichter, welcher aus der Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld Folgerungen ziehen und auf Grund der Umwandlung Eintragungen vornehmen will, muß diese Umwandlung bestimmt feststellen, also auch — im Falle des § 1177 — thatsächlich feststellen, daß der Eigenthümer nicht forderungsberechtigt sei, indem er die Fälle, in welchen nach dem Gesetze der Uebergang der Forderung auf den zahlenden Eigenthümer stattfindet, seiner Erwägung unterzieht. Eine Vermuthung dafür, daß ein solcher Uebergang nicht erfolgte, ist aus dem Gesetze nicht zu entnehmen.

OLG. 3 233 (KG.), RJA. 2 194, KGJ. 22 A 313, R. 01 536: Die Aufrechnung, die bei einer Zwangsversteigerung der Ersteher als Schuldner des Kaufgeldes mit der ihm gegen die Baarmasse zustehenden Hypothekenforderung vollzieht, steht einer freiwilligen Uebernahme der Hypothek gleich; sie wirkt wie die Befriedigung aus dem Grundstücke; die übernommene Hypothek untersteht dem § 1177 Abs. 1 und ist als Grundschuld anzusprechen.

KG. PosMschr. 00 188: Ist einer der Miterben, denen eine Hypothek zusteht, persönlicher und dinglicher Schuldner der Hypothek, so ist doch bis zur Theilung ein theilweises Erlöschen der Forderung durch Vereinigung (Konfusion) ausgeschlossen.

§ 1179. 1. Gegen die herrschende Ansicht (vgl. u. A. Planck 592 Anm. 2; Turnau-Förster I 721 Anm. 4; Achilles-Strecker 71; Fuchs 574 Anm. 4) nimmt Saar, R. 01 170 an, daß der Ausschluß der Eigenthümerhypothek dem Gläubiger der betreffenden Post selbst gegenüber unzulässig sei, weil dieser kein „anderer" sei.

Bei einer Briefhypothek ist Vorlegung des Briefes zwecks Vermerkens der Vormerkung erforderlich. Planck 592 Anm. 3; Fuchs 575 Anm. 8 gegen Turnau-Förster I 722 Anm. 6. Derselben Ansicht auch KGJ. **21** A 175.

2. Aus der Praxis. OLG. **3** 387 (KG.); KGJ. **23** A 154: Eine zwischen dem Grundstückseigenthümer und einem Hypothekengläubiger vereinbarte Verpflichtung des ersteren, jede vor- oder gleichstehende Hypothek zur Löschung zu bringen, sofern sie dem Eigenthümer oder einem Dritten zufällt, kann nicht vorgemerkt werden. Die Vormerkung ist nur bei einem Rechte, das durch sie betroffen wird, buchungsfähig.

BayrObLG., CBlFrG. **3** 24, DJZ. **02** 439: Insoweit eine Vormerkung die Sicherung des Anspruchs eines Hypothekengläubigers auf Löschung der Hypothek für den Fall bezweckt, daß sie sich mit dem Eigenthum in einer Person vereinigt, ist sie eintragungsfähig. Soweit sie aber darauf gerichtet ist, daß der Schuldner die Hypothek auch dann löschen lasse, wenn sie nach Veräußerung der belasteten Grundstücke auf ihn übergehen sollte, steht der Eintragung die Vorschrift des § 40 GBO. entgegen.

§ 1180. 1. Die Vorschrift ist nicht nur auf den Fall der Einigung zwischen dem neuen Gläubiger und dem Grundstückseigenthümer anzuwenden. Vielmehr hat in allen Fällen, in denen der alte Gläubiger, der neue Gläubiger und der Grundstückseigenthümer wegen der Auswechslung der Forderung materiellrechtlich übereinstimmen und die formalen Voraussetzungen dem Grundbuchamte durch öffentlich beglaubigte Urkunden liquide stellen, die Umschreibung der Forderung im Grundbuche zu geschehen. Oberneck § 112 Ziff. 2 (469, 470); Hachenburg, Vortr. 290.

2. Fuchs I 578 Anm. 2 führt im Anschluß an KGJ. **22** A 160 gegen Eccius, DJZ. **02** 62 aus: Das Recht des neuen Gläubigers kann auch bedingt sein. Die Hypothekenerneuerung kann mit der Umwandlung einer Grundschuld in eine Hypothek verbunden werden, so daß alle Belastungen der dritten Abtheilung auf diesem Wege in eine einheitliche Hypothek umgeschrieben werden können.

KG. R. **01** 536: Eine Eintragung, nach welcher eine bereits eingetragene Hypothek, die für eine nur dem Höchstbetrage nach bestimmte Forderung besteht, an zweiter Stelle auch für die Forderung eines Anderen haften soll, ist zulässig.

KGJ. **23** A 143: Wird an Stelle eines Theiles der durch eine Hypothek einer Kreditanstalt (mit öffentlich bekannt gemachter Satzung) gesicherten Forderung eine andere Forderung in entsprechender Höhe gesetzt, so kann der Forderungswechsel unmittelbar eingetragen werden, auch wenn nach der Eintragungsbewilligung die frühere Forderung zur entsprechenden Höhe durch den Tilgungsfonds gedeckt ist; die Umwandlung in eine Grundschuld findet nicht statt.

§ 1181. 1. Turnau-Förster I 727 Anm. 2; Böhm, Anm. III zu § 1181 und Planck III 597 Anm. 2a heben hervor, daß nicht jede Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung zur Anwendung des § 1181 genügt. Erlangt der Gläubiger auf Grund seines persönlichen Anspruchs Befriedigung aus Gegenständen, welche der Hypothek nicht unterliegen, so findet nicht § 1181, sondern § 1163 Abs. 1 Satz 2 Anwendung. Gleiches gilt, wenn der Gläubiger zwar in die Gegenstände, auf welche sich die Hypothek erstreckt, aber nicht auf Grund seines dinglichen, sondern lediglich auf Grund seines persönlichen Anspruchs die Zwangsvollstreckung betrieben hat; das hypothekarische Recht ist in diesem Falle gar nicht geltend gemacht, also auch nicht seinem Inhalte nach erschöpft.

Dagegen Fuchs I 583 Anm. 5: Wird der Gläubiger wegen der durch die Hypothek gesicherten Forderung durch eine Zwangsvollstreckung in Gegenstände, auf die sich nachweisbar die Hypothek erstreckt, befriedigt, so erlischt nicht etwa

bloß die Forderung (§ 1163 Abs. 1 Satz 2) mit der Wirkung, daß eine Eigenthümerhypothek entstände, sondern die Hypothek erlischt. Ob die Zwangsvollstreckung auf Grund dinglichen oder persönlichen Schuldtitels erfolgt, ist belanglos; mit der Befriedigung aus dem Grundstück oder aus den der Hypothek unterliegenden Gegenständen erschöpft sich der Inhalt der Hypothek.

2. Während die Löschung der Hypothek auf dem versteigerten Grundstücke bei der Immobiliarzwangsvollstreckung Sache des Vollstreckungsgerichts ist (§§ 130, 131, 158 ZwVG.), erfolgt die Löschung einer Gesammthypothek auf den übrigen Grundstücken nicht auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts oder von Amtswegen, sondern nur auf Berichtigungsantrag der Betheiligten (§§ 894 ff. BGB., §§ 22, 27 GBO.). Achilles-Strecker 197 Anm. 5 b; Fischer-Schäfer, ZwVG. 357 Anm. 5 aa; RJA. 3 48. Dasselbe gilt nach Turnau-Förster I 726 Anm. II 2 bei einer Befriedigung durch Mobiliarzwangsvollstreckung.

3. Bleibt die Hypothek auf Grund einer Vereinbarung zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Ersteher gemäß §§ 91 Abs. 2, 3 ZwVG. bestehen, so erlischt die persönliche Forderung, die Hypothek wird zur Grundschuld. Jaeckel, Anm. 3 zu § 53 ZwVG.; Fischer-Schäfer 265 Anm. 2a gegen Wolff, Anm. 8 zu § 53, der den Ersteher immer in die persönliche Schuld eintreten läßt und die Vereinbarung schlechthin als Schuldübernahme auffaßt. Fuchs I 584 Anm. bb und Turnau-Förster I 851 heben hervor, daß die Frage, ob der Ersteher im Falle des § 91 Abs. 2 ZwVG. als Schuldner in das Schuldverhältniß eintritt, danach zu entscheiden ist, ob die Vereinbarung des Bestehenbleibens sich nur auf das Recht am Grundstück oder auch auf die Forderung erstreckt.

§ 1182. 1. Biermann 238, Fuchs 584 Anm. 8, Planck III 600 Anm. 5 betonen, daß der § 1182 für alle Arten von Hypotheken, sowie für Grund- und Rentenschulden gilt, und vertreten die Ansicht, daß auch die Grundschuld an dem Grundstücke des Ersatzpflichtigen sich mit der Ersatzforderung verbindet und sich daher kraft Gesetzes in eine Hypothek verwandelt. Dagegen nehmen Turnau-Förster I 730 Anm. I 4 und Türcke-Riedenführ III 508 Anm. 6 an, daß der Ersatzberechtigte eine Sondergrundschuld erwirbt.

2. Fuchs I 585 Anm. e: Soll die in ihrem Werthe schon höchst zweifelhafte Ersatzhypothek für den Ersatzberechtigten nicht werthlos sein, so darf man unter den rangbevorrechtigten Realrechten nur solche verstehen, mit denen das Grundstück zur Zeit des Ueberganges der Ersatzhypothek auf den Ersatzberechtigten belastet ist, nicht aber später eingetragene. Will der ersatzberechtigte Eigenthümer dem entgegentreten, daß sein Ersatzanspruch durch Bestellung von Hypotheken auf den ersatzpflichtigen Grundstücken entwerthet wird, so muß er sich auf den mithaftenden Grundstücken eine Sicherungshypothek für seinen Anspruch eintragen lassen. So auch Hachenburg, Vortr. 632. Vgl. Planck III 599 Anm. 3.

§ 1183. 1. Nach dem formellen Rechte (GBO. § 27 Abs. 1) ist die Zustimmung des Eigenthümers nicht nur zu einer rechtsgeschäftlichen Aufhebung der Hypothek (§ 1183 BGB.), sondern zu jeder Löschung einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld, auch wenn dieselbe kraft Gesetzes erloschen ist, erforderlich. Achilles-Strecker 222; Oberneck, DNotVZ. 02 12; Fuchs I 591 Anm. 14; Planck III 601 Anm. 4.

2. KGJ. **23** A 236, RJA. 3 41, OLG. **4** 79: Nicht erforderlich ist, daß der zustimmende Eigenthümer bzw. daß die Erben des eingetragenen Eigenthümers selbst eingetragen sind, um die Löschung betreiben zu können.

KGBl. **00** 45, OLG. **1** 55: Die neben ihren Kindern als Miterbin eingetragene Ehefrau, der das in Abthlg. II eingetragene Recht der Verwaltung und der freien Verfügung über die Substanz zusteht, kann allein, ohne Zustimmung der Kinder, die vom Hypothekengläubiger bewilligte Löschung beantragen.

R. **00** 439 (KG.): Die Löschung ist unzulässig, wenn die Zustimmung zu derselben nicht von sämmtlichen Miteigenthümern des belasteten Grundstücks erklärt ist.

3. **RG. 52** 411, JW. **02** 280: Die Zustimmung, die der Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkurses dem Gläubiger gegenüber erklärt hat, bindet auch den Konkursverwalter.

§ 1184. 1. Oberneck § 151 Z. 4 (682) und Fuchs I 594 Anm. 2c heben hervor, daß, wennschon sich bei der Sicherungshypothek das Hypothekenrecht nur nach der Forderung bestimmt, doch der Umfang der Haftung des Grundstücks niemals über den Umfang der Eintragung hinausreichen kann. Vergrößert sich die Forderung in Folge Verzugs des Schuldners, z. B. durch Zögerungszinsen oder Vertragsstrafen, so wird der Eigenthümer hiervon nur berührt, wenn sie eingetragen sind oder das Grundstück im Rahmen des § 1118 kraft der Hypothek für sie haftet. A. A. Hachenburg, Vortr. 269, 549.

2. Fuchs I 595 bejaht, indem er die §§ 892, 893 BGB. für anwendbar auch auf die Sicherungshypothek erklärt (ebenso Planck III 604, 607), im Gegensatze zu Oberneck § 151 Z. 6; Biermann zu § 1185 Anm. 2; Hachenburg, Vortr. 553, 556, 561 die Frage, ob demjenigen, der sich mit dem als Gläubiger der Sicherungshypothek Eingetragenen einläßt, auch die subjektive Legitimation (Verfügungsberechtigung) des letzteren durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gewährleistet wird, ob er sich also wenigstens darauf verlassen kann, daß der als Gläubiger Eingetragene der wahre Gläubiger der Hypothekenforderung ist, insoweit diese überhaupt besteht.

3. BayrObLG., R. **02** 237: Die Erfüllung eines Darlehensvertrags und die Hingabe von Darlehen an einen Pfandschuldner bis zur Erschöpfung einer von demselben eingeräumten Sicherungshypothek vollziehen sich außerhalb des Grundbuchs und stehen nicht unter dem Schutze der Oeffentlichkeit desselben, da das Grundbuch diese Darlehen nicht nachweist.

4. Ueber Zwangs- und Arresthypotheken und deren Eintragung auf Grund vollstreckbarer Schuldtitel wegen Geldforderungen von mehr als 300 Mark siehe zu CPO. §§ 866—868, 932.

§ 1185. 1. Biermann 241 Anm. 2 läßt eine Leistung an den im Grundbuch als Gläubiger Eingetragenen den Eigenthümer nur dann befreien, wenn der Eingetragene auch wirklich der Gläubiger ist; nur unter derselben Voraussetzung soll ein mit dem Eingetragenen über die Forderung abgeschlossenes Rechtsgeschäft gültig sein. Dagegen Fuchs I 595; Planck III 607.

2. Die Einwendungen aus dem dinglichen Rechtsverhältnisse, welche den Bestand der Hypothek betreffen, sind, wie Oberneck § 151 Z. 6b (684) hervorhebt, nur in dem Rahmen der Verkehrshypothek zugelassen, denn § 1157 ist unter den auf die Sicherungshypothek unanwendbaren Vorschriften im Abs. 2 des § 1185 nicht erwähnt.

Hachenburg 281 ff. weist darauf hin, daß eine Stundungsabrede bezüglich der Forderung auch dem Erwerber der Hypothek entgegensteht, daß dagegen eine nicht eingetragene Abrede über den Ausschluß der Geltendmachung der Hypothek auf bestimmte Zeit dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht durchgreift.

§ 1186. 1. Ebensowenig wie die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist die Zustimmung des persönlichen Schuldners und des Hypothekbestellers, falls diese nicht mit dem Grundstückseigenthümer zur Zeit der Eintragung der Umwandlung identisch sind, erforderlich. So die herrschende Meinung. Biermann 242 verlangt die Zustimmung des persönlichen Schuldners für die Umwandlung einer Maximalhypothek (§ 1190) in eine gewöhnliche

Hypothek, weil darin eine Feststellung der Forderung liegt. Dagegen Fuchs I 601; Turnau-Förster I 745 Anm. 2; Oberneck 694 u. A.

2. OLG. 2 158 (KG.): Zur Umwandlung gehört Einigung und Eintragung. Bei der Umwandlung einer Kautions- in eine Verkehrshypothek können rückständige Zinsen ohne Genehmigung der nachfolgenden Gläubiger nur eingetragen werden, wenn sich der Betrag der Zinsen und des Kapitals innerhalb des eingetragenen Höchstbetrags hält. Zinsen bis zu 5 pCt. vom Tage der Eintragung der neuen Hypothek können aber ohne Zustimmung eingetragen werden (§ 1119).

§ 1187. 1. Zum Einwendungsrechte des Eigenthümers, das nach Fuchs I 609 nach §§ 1137, 1157 — nicht 1138 — sich bestimmt, bemerken Hachenburg 605 und Böhm Anm. VI B, daß der Eigenthümer auch dem gutgläubigen Erwerber der Orderhypothek gegenüber das Bestehen des dinglichen Rechtes für den Fall bestreiten könne, daß der erste Gläubiger bei Bestellung der Hypothek wußte, daß der als Eigenthümer eingetragene Besteller der Hypothek nicht der wahre Eigenthümer sei, und ferner in Uebereinstimmung mit Turnau-Förster 753 Anm. 4 d, daß er die im § 1157 geregelten Einreden aus einem zwischen dem Eigenthümer und einem früheren Gläubiger bestehenden besonderen Rechtsverhältniß auch dem schlechtgläubigen Erwerber der Inhaberhypothek nicht entgegensetzen könne. Dagegen wenden sich Fuchs I 610 Anm. 16, Biermann 243 Anm. 2, Planck III 614: Die Vorschrift des § 1157 ist anzuwenden.

2. Turnau-Förster Anm. 3 zu § 1187 sind der Meinung, daß sich nur die auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme lautenden Inhaberpapiere zur hypothekarischen Versicherung eignen, und daß der Grundbuchrichter die Hypothek nicht eintragen darf, bevor die staatliche Genehmigung (vgl. § 795) in der Form des § 29 GBO. beigebracht ist. Oberneck § 153 Ziff. 3 (701) hebt hervor, daß an sich die Eintragung von dem Nachweise der staatlichen Genehmigung nicht abhängt; er verlangt aber eine Prüfung seitens des Grundbuchrichters hinsichtlich der staatlichen Genehmigung dann, wenn die Schuldverschreibungen auf den Inhaber zur Zeit der Eintragung bereits in Verkehr gesetzt worden sind. Dagegen Fuchs I 607. Dieser bejaht im Gegensatze zu den Vorgenannten auch die Frage, ob zum Nachweise der Genehmigung aus § 795 die Vorlegung des Belagsblatts des Reichsanzeigers genüge. Vgl. ferner Planck III 616 Anm. 1, KGJ. **20** A 105 ff. u. unten Ziff. 2 zu § 1195.

3. OLG. Dresden, CBlFrG. **2** 233, RJA. **2** 147: Bei der Eintragung einer Hypothek für ein Orderpapier ist als Gläubiger der erste Nehmer (mit Namen) oder der durch Indossament legitimirte Inhaber zu bezeichnen; es genügt nicht, wenn lediglich der erste Nehmer des Papiers als Gläubiger eingetragen wird. Entsprechend dem § 51 GBO. kann auch eine Hypothek für indossable Theilschuldverschreibungen — nicht nur für solche auf den Inhaber — unter Angabe der Zahl, des Betrags und der Bezeichnung der Theile eingetragen werden. Vgl. KGJ. **22** D 28.

SächsOLG. **23** 80: Eine Hypothek für Prioritätsobligationen auf den Inhaber kann auf Grund des bloßen Nachweises, daß die Hauptobligationen eingelöst und vernichtet sind, nicht gelöscht werden. Vielmehr ist für die Abschreibung des Betrags einer Prioritätsobligation von der zugleich für die Zinsen eingetragenen Hypothek erforderlich, daß die Frist zur Vorlegung für die nicht nachweisbar mitvernichteten Zinsscheine abgelaufen ist. Denn den auf den Inhaber lautenden Zinsscheinen kommt in ihrer Eigenschaft als Inhaberpapiere selbständige Bedeutung zu.

§ 1188. Für die Erklärung ist eine Form materiell-rechtlich nicht vorgeschrieben. Planck III 615, Fuchs I 606 gegen Turnau-Förster I 750,

Oberneck 700. Zur Erwirkung der Eintragung bedarf es aber einer der Form des § 29 GBO. entsprechenden Eintragungsbewilligung des Eigenthümers. Vgl. Ziff. 2 zu § 1196.

§ 1189. 1. Nach Planck III 617 Anm. 2 ist der Treuhänder als ein Vertreter des jeweiligen Hypothekengläubigers anzusehen, dessen Bestellung einen Theil des Inhalts des Hypothekenrechts bildet und dessen Rechtsstellung der eines Pflegers einer geschäftsfähigen Person ähnlich ist, jedoch mit der Maßgabe, daß er nicht nur im Interesse des Gläubigers, sondern auch des Eigenthümers bestellt ist. Ebenso Fuchs I 612 mit ausführlicher Begriffsdarlegung; er weist jedoch die Auffassung, daß der Treuhänder eine dem Testamentsvollstrecker, Pfleger, Konkursverwalter ähnliche Rechtsstellung habe, ab. Endemann 522 sagt, der Treuhänder habe zur Wahrnehmung der Rechte der Gläubiger die Verwaltung eines dinglichen Rechtsgeschäfts zu führen. Neumann, Handausg. Anm. 2, 3 zu § 1189: Die Vorschrift gewährt dem Treuhänder die formale Vertretungsmacht. Im Verhältnisse zu den Gläubigern liegt dem Treuhänder eine Geschäftsbesorgung ob.

2. Nach Oberneck 711, Turnau-Förster I 755, Planck III 620 hat der Treuhänder im Rechtsstreite dieselbe Rechtsstellung, wie der Pfleger eines Geschäftsfähigen, also die Stellung eines gesetzlichen Vertreters, so daß der Gläubiger für den vom Treuhänder geführten Rechtsstreit nach § 53 CPO. einer nicht prozeßfähigen Person gleichsteht. Dagegen Fuchs I 616. Dieser stimmt mit den Vorgenannten aber darin überein, daß der Treuhänder nicht Partei ist und nicht für die Prozeßkosten haftet. A. A. Hachenburg, Vortr. 609.

3. Streitig ist, ob der Umfang der Verfügungsbefugniß des Treuhänders durch Eintragung im Grundbuche bestimmt sein muß. Bejahend u. A. Turnau-Förster I 755, Fuchs I 614 Anm. 28, Oberneck 709, Planck III 620. A. A. Biermann 245: Nur eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Treuhänders auf gewisse Akte oder durch Ausschließung gewisser Verfügungsakte bedarf der Eintragung.

Literatur: Bondi, SächsA. **12** 80: Welchen Einfluß hat das Inkrafttreten des BGB. auf die Kautionshypotheken des älteren Rechtes in solchen Fällen ausgeübt, in denen die Kautionshypothek am 1. 1. 00 nicht voll erfüllt war? — Eccius, DJZ. **02** 61: Bemerkungen zur Rechtsprechung des Kammergerichts in Grundbuchsachen. — Lafrenz, Gruchots Beitr. **46** 335 ff.: Die Behandlung der Sicherungshypothek in der Zwangsversteigerung. — Rathenau, Buschs Z. **17** 192: Der Uebergang der Kautions-(Ultimat-)Hypothek nach BGB. § 1190. — Reinhard, R. **02** 31: Ueber die Behandlung der Maximalhypothek bei der Vertheilung des Zwangsversteigerungserlöses. — Scholz, DJZ. **01** 384: Kann eine Kautionshypothek abgetreten werden? — Stegemann, Gruchots Beitr. **46** 322: Bemerkungen betr. die vor dem 1. 1. 00 eingetragenen Kautionshypotheken preuß. Rechtes.

§ 1190. 1. Die Eintragung des Grundes der Forderung halten auch bei der Maximalhypothek auf Grund des § 1115 für erforderlich — wenigstens durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung — Turnau-Förster 760 Anm. 4, Böhm 294, Fuchs I 619, Biermann 246, Oberneck § 152 Z. 2 (687). Dagegen Achilles-Strecker 61, Planck III 622 Anm. 2d. Der ersteren Meinung hat sich das KG. angeschlossen, welches in einem Urtheile vom 30. 12. 01 ausführt: Die Vorschrift des § 1115 bleibt bei der Höchsthypothek nur insoweit außer Betracht, als die besondere Natur dieser Hypothek seiner Berücksichtigung entgegensteht. Haben die Parteien zulässigerweise die Höchsthypothek für alle etwaigen Ansprüche des Gläubigers gegen den Schuldner begründet, so kann die Forderung, die der Höchsthypothek zu Grunde liegt, bei der Eintragung nicht näher bezeichnet werden. Haben aber die Parteien die zu sichernde Forderung näher umgrenzt dergestalt, daß die Hypothek nur zur Befriedigung der aus einem bestimmten Rechtsverhältniß, einer bestimmten Geschäfts-

verbindung sich ergebenden Forderungen dienen soll, so ist das zur Grundlage dienende Rechtsverhältniß jedenfalls durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung im Grundbuche zu vermerken. KGJ. 23 A 237.

2. Fuchs I 622 Anm. 14 u. Lafrenz a. a. O. bekämpfen die herrschende Ansicht, daß die Höchstbetragshypothek im Sinne des § 14 ZwVGes. ein Anspruch von unbestimmtem Betrage sei und deshalb als ein durch die Feststellung des Betrags aufschiebend bedingtes Recht, das den Vorschriften der §§ 50 Abs. 2 Ziff. 1, 119, 120 ZwVGes. unterfällt, zu gelten habe.

3. Stegemann a. a. O. führt gegen Stranz-Gerhard 218, 222 aus: Die vor dem 1. 1. 00 eingetragenen preußisch-rechtlichen Kautionshypotheken sind als bestehende Pfandrechte nur dann anzusehen, wenn der Gläubiger bereits vor dem 1. 1. 00 eine Forderung aus dem Rechtsverhältniß, im Hinblick auf welches die Kautionshypothek bestellt war, erworben hat oder wenn am 1. 1. 00 noch die Möglichkeit des Erwerbes einer solchen Hypothek bestand; nicht dagegen, wenn damals bereits feststand, daß eine solche Forderung sich weder ergeben habe noch ergeben werde. Daher ist im letztgedachten Falle die Kautionshypothek nicht zur Eigenthümerhypothek geworden.

Vgl. ferner CBlFrG. 1 768 (KG.) und OLG. Celle, Seuff. A. 56 274, welche ausführen, daß eine Kautionshypothek des preuß. Rechtes, für welche am 1. 1. 00 nicht mehr die Möglichkeit bestand, daß die zu sichernde Forderung zur Entstehung gelangt, durch die neue Gesetzgebung nicht in eine Eigenthümerhypothek oder Eigenthümergrundschuld umgewandelt ist. Siehe auch oben Ziff. 1 zu § 1163, Ziff. 2b zu § 1177 u. unten zu Art. 192 EG. Note 1.

4. Aus der Praxis.

a) OLG. 3 196, RJA. 2 187, KGJ. 22 A 160 (KG.): Eine Maximalhypothek kann zur Sicherheit mehrerer Gläubiger wegen verschiedener Forderungen dergestalt bestellt werden, daß sie für die Forderung des zweiten Gläubigers nur dann und nur insoweit haften soll, wenn und insoweit die endgültig festgestellten Forderungen des ersten Gläubigers hinter dem Höchstbetrage zurückbleiben. Auch während des Bestehens der Maximalhypothek kann der Eigenthümer mit Zustimmung des eingetragenen Gläubigers einen zweiten Gläubiger mit dieser Maßgabe eintragen lassen.

Dagegen Eccius, DJZ. 02 62.

b) KGJ. 21 A 150: Ein Verzinsungseintrag ist auch bei der Höchstbetragshypothek nach § 1119 möglich, jedoch nur für die Zeit von der Eintragung ab; rückständige Zinsen genießen Hypothekensicherheit nur, soweit der Höchstbetrag reicht.

c) RJA. 2 202, CBlFrG. 2 401 (KG.): Bei einer Sicherungshypothek, welche wegen der jeweiligen Forderungen aus bestehender Geschäftsverbindung der Kontrahenten bis zu bestimmten Höchstbeträgen vereinbar ist, ist der Vermerk, daß sich der Schuldner in Ansehung der hypothekarischen Forderung der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfe, nicht eintragungsfähig, weil gemäß § 794 Abs. 5 CPO. die Unterwerfung unter sofortige Zwangsvollstreckung nur bei bestehenden, wenn auch bedingten oder betagten Forderungen zulässig ist.

d) KGJ. 24 A 253, RJA. 3 90, OLG. 4 320: Eine Höchstbetragshypothek kann auch als solche, d. i. ohne vorherige Feststellung des ihr zu Grunde liegenden Forderungsbetrags, abgetreten werden.

e) OLG. 3 198 (Jena): Der dem Grundstückseigenthümer eventuell zufallende Betrag einer Kautionshypothek kann von dessen Gläubigern gepfändet und die Pfändung ins Grundbuch eingetragen werden.

f) OLG Dresden, SächsAnn. 23 140: Solange noch ungewiß ist, ob aus einer Höchsthypothek eine Eigenthümerhypothek entstehen wird, ist die Pfändung der vielleicht entstehenden Eigenthümerhypothek durch Eintragung in das

Grundbuch unzulässig. Eine Höchsthypothek ist nicht ohne Weiteres von vornherein Eigenthümerhypothek, die sich erst in dem Maße in eine Sicherungshypothek für den Gläubiger umwandelt, in dem die vorgesehenen Forderungen erwachsen. Vielmehr wird für die Annahme, daß eine noch nicht auf den Namen des Grundstückseigenthümers umgeschriebene Höchsthypothek als Eigenthümerhypothek zu gelten habe, stets der Nachweis erforderlich sein, entweder daß eine Forderung überhaupt nicht zur Entstehung gelangt oder daß sie endgültig weggefallen sei (vgl. die Entsch. d. KG., CBlFrG. 1 769). Und zwar ist dieser Nachweis gemäß § 29 GBO. durch öffentliche Urkunden zu erbringen, wenn er zur Eintragung der wegen einer Schuld des Grundstückseigenthümers erfolgten Pfändung des Rechtes an einer Höchsthypothek soll führen können.

g) OLG. 4 194 (Königsberg): Soweit aus der Höchsthypothek eine Eigenthümerhypothek geworden ist, ist der Grundstückseigenthümer auch nach der Beschlagnahme des Grundstücks befugt, bis zur Vertheilung des Kaufgeldes willkürlich neue Forderungen, die in der Hypothek Sicherung finden sollen, zur Entstehung zu bringen, oder über sein Recht durch Abtretung zu verfügen.

h) **RG.** DJZ. 02 118; R. 02 133: Die für die Begründung des Hypothekenrechts wesentliche Angabe des Höchstbetrags der Haftung soll die Grenze bestimmen, bis zu welcher dem Hypothekenberechtigten Dritten gegenüber das Vorrecht aus der Hypothek zusteht. Dagegen bedeutet dieser Höchstbetrag nicht, daß nur für ihn das Hypothekenrecht besteht. Deshalb geht die Hypothek nicht durch Zahlungen in dem angegebenen Betrag und darüber unter, sofern das in Frage stehende Rechtsverhältniß fortdauert und Forderungen aus demselben entweder noch bestehen, oder noch entstehen können.

i) **RG.** JW. 02 232: Die Höchstbetragshypothek ist nicht zunächst Eigenthümerhypothek, sie wird es vielmehr erst dann, wenn sich nach Maßgabe des ihr zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts entschieden hat, daß und wieweit die Forderung unter dem eingetragenen Höchstbetrage bleibt (§ 1163 Abs. 1 Satz 1).

Zweiter Titel.

Grundschuld. Rentenschuld.

I. Grundschuld.

§ 1191. 1. Ueber Begriff und Wesen der Grundschuld und über die Unterschiede zwischen Grundschuld und Hypothek vgl. namentlich Oberneck, § 157 Ziff. 2 und 3 (729 ff.), welcher in der Grundschuld die selbständige abstrakte Belastung des Grundstücks mit einer bestimmten Geldsumme behufs Zahlung derselben an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt ist, erblickt, und Fuchs I 643, der die Grundschuld als eine prinzipale, d. h. als eine selbständige, von einem persönlichen Forderungsrecht unabhängige Realobligation (nicht Pfandrecht) auffaßt.

2. Die Bestimmung des § 267 Abs. 1 BGB. ist für die juristische Konstruktion des Grundschuldbegriffs von Bedeutung. § 461 BGB. ist auf Grundschulden nicht anwendbar. Puntschart, Der Grundschuldbegriff 105, 113.

3. KG. PosMschr. 00 75: Die Blankoabtretung einer Grundschuld ist nach dem 1. 1. 00 unzulässig. Behufs Nachweises, wer Eigenthümer der Grundschuld vor dem 1. 1. 00 war, sind im Grundbuchverkehre nur öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zulässig. Vgl. Art. 34 Preuß. AG. z. BGB.

§ 1192. 1. Vgl. Huther, MecklZ. 18 66: „Grundschuldbrief und Schuldurkunde. Verhältniß zwischen Eigenthümer und persönlichem Schuldner bei der Grundschuld im Falle der Befriedigung des Gläubigers".

§ 1195. 1. Die Vorschrift des § 51 GBO., daß es genügt, wenn der Gesammtbetrag der Grundschuld unter Angabe der Anzahl, des Betrags und der Bezeichnung der Theile eingetragen wird, gilt nicht bloß für die Inhaber- und Orderhypothek (vgl. RJA. 2 147), sondern auch für die Inhabergrundschuld und die Inhaberrentenschuld, wenn das Recht in Theile zerlegt wird. Ueber jeden Theil ist gemäß § 70 Abs. 2 GBO. ein besonderer Brief zu bilden. Fuchs I 660; Oberneck 741 § 158 Ziff. 3.

2. Gegen Dernburg § 246 Ziff. 4 hat das KG., KGJ. 20 A 105, OLG. 1 104 angenommen, daß auch für die Inverkehrsetzung der nach § 1195 ausgestellten Inhabergrundschuldbriefe das Erforderniß staatlicher Genehmigung aus § 795 bestehe. Deshalb ist, so sagt das KG., die Eintragung einer Inhabergrundschuld abzulehnen, solange nicht die staatliche Genehmigung beigebracht ist. Zustimmend Planck III 640 Anm. 2; Kretzschmar 425; entgegengesetzter Ansicht Fuchs I 661; Biermann 250. Vgl. Ziff. 2 zu § 1187.

3. Die Anwendbarkeit des § 801 Abs. 1 Satz 2 und der entsprechenden Vorschrift des § 802 auf Inhabergrundschulden wird von der Mehrzahl der Schriftsteller geleugnet. Zweifelhaft Planck III 641 Anm. 10.

§ 1196. 1. Streit herrscht darüber, ob eine Hypothek, die wegen fehlender oder unwirksamer Einigung nicht rechtsbeständig ist, als Eigenthümergrundschuld aufrecht zu erhalten ist. Bejahend sprechen sich aus: Fuchs I 520 ff., 666; Dernburg III 218 f.; Oberneck 457 f.; Schilde, Unrichtigkeit des Grundbuchs 31 ff. und Goldschmidt, A.bürgR. 20 29. Dagegen verlangen Planck III 553 Anm. 2; Turnau-Förster I 685 Anm. II 1; Biermann 222; Böhm 238; Neumann, Anm. 3 zu § 1196; Hachenburg, Vortr. 251, 530 ff. als Voraussetzung für die Eigenthümerhypothek, daß außer der Eintragung auch eine rechtsgültige Einigung über die Entstehung des dinglichen Rechtes vorliegt.

2. Die Erklärung des Abs. 2 ist eine einseitige, abstrakte, empfangsbedürftige und nach materiellem Rechte formlose Willenserklärung; die öffentliche oder öffentlich beglaubigte Eintragungsbewilligung bildet nur die formell-rechtliche Voraussetzung der Eintragung, ihr Fehlen macht die trotzdem eingetragene Grundschuld nicht ungültig. Planck III 642 Anm. 2; Fuchs I 666 Anm. 3. A. A. Turnau-Förster I 802 Anm. 2; Biermann 251. Vgl. zu § 1188.

§ 1198. 1. Die Frage, ob das Erforderniß der Einigung für die Umwandelung der Eigenthümerhypothek in eine Eigenthümergrundschuld und umgekehrt ausscheidet und die einseitige Erklärung des Eigenthümers genügt, wird von Planck III 644 Anm. 2 gegen Oberneck 739, Turnau-Förster I 804 Anm. 2, Böhm 311, Biermann 251 und OLG. 2 319 (Braunschweig) verneint.

Fuchs I 670 Anm. 6 bemerkt hierzu: Eine rechtsgeschäftliche Umwandelung der Eigenthümerhypothek (§ 1177 Abs. 1) in eine Eigenthümergrundschuld und umgekehrt giebt es nicht. Eine rechtsgeschäftliche Umwandelung der Hypothek des Eigenthümers (§ 1177 Abs. 2) in eine Eigenthümergrundschuld ist möglich; hierzu bedarf es keiner Einigung (§§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1168). Eine rechtsgeschäftliche Umwandelung einer Eigenthümergrundschuld in eine Hypothek, sei es des Eigenthümers oder eines Dritten, ist nur möglich, wenn der Grundschuld eine Forderung untergelegt wird. Hierzu bedarf es in materiell-rechtlicher Beziehung der Einigung mit einem Dritten, denn der Eigenthümer kann keine Forderung gegen sich begründen und der Forderung eines Dritten nicht einseitig eine Hypothek gewähren.

2. OLG. 2 412 (KG.): Tritt Jemand seine Eigenthümergrundschuld zur Sicherung einer bestimmten Forderung ab, so liegt darin die Erklärung einer Umwandelung in eine Hypothek und in der Bewilligung, daß die Abtretung eingetragen werde, die Erklärung, daß auch die Umwandelung vermerkt werde.

II. Rentenschuld.

§ 1199. 1. Ueber die Verschiedenheiten zwischen Rentenschulden und Reallasten vgl. insbesondere Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht I 429 ff.

2. Eine Rentenschuld, bei der die Rente ganz oder theilweise einen Betrag zur Tilgung des Kapitals bildet, ist unzulässig. Planck III 647 Anm. 2 in Uebereinstimmung mit KGJ. 20 A 212, OLG. 1 191, RJA. I 122. A. M. Kretzschmar I 431.

3. Streitig ist, ob, wenn eine Rentenschuld ohne Bestimmung und Buchung der Ablösungssumme eingetragen ist, dieser als Rentenschuld nichtige Eintrag nach GBO. § 54 Abs. 1 Satz 2 nicht wenigstens als gültiger Eintrag einer Reallast aufzufassen sein möchte. Turnau-Förster I 807, Biermann 252 nehmen das an. Planck III 647 Anm. 3 und Fuchs I 677 sind dagegen der Ansicht, daß die Eintragung als ein auf Begründung einer Reallast abzielendes obligatorisches Rechtsgeschäft aufrecht zu erhalten ist, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntniß der Nichtigkeit gewollt sein würde.

§ 1200. Die herrschende Meinung — vgl. insbesondere Planck III 648 Anm. 2, Oberneck 745, Fuchs I 679 Anm. 12, Turnau-Förster I 808 — nimmt, da die Zahlung der Ablösungssumme an den Gläubiger die gleiche Wirkung wie die Zahlung des Grundschuldkapitals hat (Abs. 2), an, daß die Belastung vom Eigenthümer als Rentenschuld erworben wird, daß also die Rentenschuld sich nicht in eine gewöhnliche Grundschuld verwandelt. Biermann 253 ist dagegen der Ansicht, daß der Eigenthümer die Belastung als Grundschuld erwerbe.

§ 1201. 1. Nach Chamizer, Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld 78 liegt hier eine Abart einer alternativen Ermächtigung des Schuldners vor: während sonst der Schuldner die allein geschuldete Leistung bei der Leistung durch eine bestimmte andere ersetzen kann, kann im § 1201 (verb. mit § 1202) der Eigenthümer die Verpflichtung zur Zahlung einer Rente durch eine neue Verpflichtung, nämlich die zur Zahlung der Ablösungssumme, ersetzen.

2. Die Zahlung der Ablösungssumme wirkt ebenso wie die Zahlung des Kapitals einer Grundschuld, d. h. dem Eigenthümer steht die Rentenschuld als solche zu, nicht nur als Schranke gegen ein Vorrücken der nachstehenden Realgläubiger, sondern auch zur freien Verfügung, so daß er berechtigt ist, dieselbe in eine Grundschuld (§ 1203) oder in eine sonstige Kreditbelastungsform, z. B. auch in eine Hypothek, zu verwandeln. Daß jede Art der Kreditbelastung des Grundstücks in eine andere der gesetzlich zugelassenen Arten übergehen kann, ergiebt sich als allgemeiner Grundsatz aus den Vorschriften der §§ 1186, 1198, 1203. Oberneck § 159 Ziff. 4 u. 5 (745 ff.), Hachenburg 297, Dernburg III § 209 (578), Cosack II § 242 (279).

Neunter Abschnitt.

Pfandrecht an beweglichen Sachen.

§ 1204. 1. Darüber, daß das Pfandrecht des Vermiethers nur Sachen des Miethers, nicht die eines Dritten, selbst bei gutgläubiger Annahme des Vermiethers, daß die Sachen dem Miether gehören, umfaßt, vgl. oben zu § 559 Ziff. 1b und LG. Elberfeld, R. 00 418.

2. Bloch, Die Wirkungen des Mobiliarpfandverkaufs (Würzburger Diss. 1902) 14: aus § 1204 in Verbindung mit § 1228 ergiebt sich, daß ein Pfandrecht ohne Verkaufsrecht nicht denkbar ist. Vgl. Enneccerus-Lehmann II

339: ein Pfandrecht kann nur für geldwerthe Forderungen bestellt werden, nicht für klaglose, dagegen für verjährte.

3. **OLG. 4** 334 (KG.): Grundschuldbrief und löschungsfähige Quittung als solche können, da sie nur Beweisurkunden ohne eigenen Vermögenswerth sind, und zwar der Brief nur Akzessorium der Forderung ist, nicht für sich allein Gegenstand eines selbständigen Pfandrechts sein. Wohl aber ist daran ein vertragliches persönliches Zurückbehaltungsrecht möglich. Vgl. daselbst 335 (Dresden): die Möglichkeit der Verpfändung der Urkunde (Sparkassenbuch) ist nicht zu bezweifeln und ihr eine thatsächliche Wirkung auch nicht abzusprechen.

4. **RG. JW. 01** Beil. 110: die Vorschriften vom Pfandrecht an beweglichen Sachen finden keine Anwendung, wenn bewegliche Sachen als Bestandtheile oder Zubehöre von Immobilien verpfändet werden. A. M. Enneccerus-Lehmann II 341: auch ungetrennte Früchte eines Grundstücks können als Mobiliarpfand bestellt werden. Vgl. dazu Neumann, Handausg. § 1204.

5. Nach den Grundsätzen des Pfandrechts an beweglichen Sachen ist auch die Baarkaution zu behandeln, bei der eine Geldsumme zur Sicherstellung übereignet wird. Die Befriedigung des Gläubigers aus der Kaution geschieht durch eine Willenserklärung des Gläubigers an den Besteller. Der Gläubiger ist grundsätzlich nicht verpflichtet, sich unmittelbar an die Kaution zu halten. Bei einer Uebertragung der Forderung geht auch das Recht aus der Kaution auf den neuen Gläubiger über. Haas, Die Sicherstellung durch Uebereignung einer Geldsumme nach deutschem bürgerl. Rechte. (Straßburg, Diss. 1899.)

§ 1205. 1. Nach v. Schwind, Pfandrecht 149 ist die Tendenz der Gestaltung des Pfandrechts an Mobilien als Besitzpfand und der Bestand heimlicher Pfandrechte möglichst einzuschränken. Gleichwohl — und trotz der Ausdehnung des Grundsatzes „Hand muß Hand wahren" — ist das Pfandrecht doch ein stärkeres Recht als das Retentionsrecht. Er geht die gesetzlichen Bestimmungen durch und hält die Thatsache, daß eine ganze Liste von verschiedenen Möglichkeiten der Pfandrealisirung besteht, die stufenweise von rein privaten Vorkehrungen unter einer stärkeren Betonung der öffentlichen Ingerenz bis zur gerichtlichen Veräußerung des Exekutionspfandes hinaufführt, theoretisch gegenüber der Auffassung von Bedeutung, wonach die Art der Pfandrechtsrealisirung, insbesondere die Frage, ob dieselbe gerichtlich oder nichtgerichtlich stattfindet, von Einfluß auf den Inhalt des Pfandrechts und dessen theoretische Konstruktion sein soll (151).

Auch das durch Zwangsvollstreckung begründete Pfandrecht ist ein wirkliches Pfandrecht (151).

2. a) Kohler, A.bürgR. **18** 59: der Pfandgläubiger muß entweder unmittelbarer Besitzer werden, oder sein mittelbarer Besitz muß durch einen Dritten als unmittelbaren Besitzer zum Ausdrucke gebracht werden (§ 1205). Dies muß auf die Dauer geschehen: die angegebenen Besitzverhältnisse dürfen nicht verwandelt werden in einen mittelbaren Besitz der Art, daß der Verpfänder den Besitzmittler spielt; es wäre völlig unzulässig, dem Verpfänder die Sache zur Miethe oder als Prekarium zurückzugeben, oder so, daß er nunmehr der Verwahrer der Sache wäre und sie als Treuhänder inne hätte.

b) Zur Faustpfandbestellung bedarf es der Verschaffung eines Entziehungsbesitzes für den Gläubiger, d. h. eines Besitzes, der dem Verpfänder die Verfügung über die Pfandsache thatsächlich entzieht (Enneccerus-Lehmann II 207); es genügt Mitbesitz, wenn durch ihn dem Verpfänder die Möglichkeit alleiniger Verfügung über die Sache entzogen ist.

Durch Anzeige an einen Besitzdiener kann ein Pfandrecht nicht bestellt werden (344). Das zum Alleinbesitz übergebene Faustpfand ist regelmäßig Nutz-

pfand, aber im Zweifel nicht antichretisches Nutzpfand. Das Nutzpfand ist regelmäßig Todpfand (§ 122 Ziff. 4, 348).

Buhl, Recht der bewegl. Sachen 108. Die bloße Einigung genügt auch dann, wenn der Gläubiger bisher nur Besitzdiener (§ 855) war.

c) Ist Gläubiger im Besitze der Sache als Eigenthümer, so kann er Eigenthum durch constitutum possess. übertragen (§ 930) und sich das Pfandrecht durch bloßen Verpfändungsvertrag vorbehalten; denn Gläubiger bleibt im Besitze der Sache. Buhl 109 gegen Motive III 801; vgl. Biermann zu § 1205 Anm. 1.

OLG. Dresden, SächsA. **11** 488: die Bestellung eines Pfandrechts durch constitutum possessorium ist unzulässig. Ebenso: **RG. 26** 180, **30** 275, Gruchots Beitr. **27** 1088, **30** 1034, **37** 911; Linckelmann, A.bürgR. **7** 209 ff., Leske 579. Vgl. auch unten Note 7b und oben zu § 930 Note 5.

3. a) Künftige Sachen können nicht verpfändet werden. Dagegen kann sich der Eigenthümer obligatorisch zu künftiger Bestellung eines Pfandrechts verpflichten. Leske 581; Endemann II § 135.

b) Möglich ist eine Verpfändung ungetrennter Erzeugnisse und sonstiger Bestandtheile durch Ueberlassung des Besitzes der fruchttragenden Sache, mit der Gestattung der Aneignung der Erzeugnisse zum Zwecke der Verpfändung, dann entsteht mit deren Trennung das Pfandrecht nach Analogie des § 956 BGB. Motive III 799; Endemann II 537; Enneccerus-Lehmann II 205; Neumann I 804; Leske 582 Anm. 1.

4. Eine Sachgesammtheit kann als solche nicht verpfändet werden, denn sie ist keine Sache im Sinne des BGB.; ein Pfandrecht kann nur an den einzelnen Stücken erworben werden. Leske 582; Maenner 351; Rehbein, BGB. I 80; Eck, Vortr. 94; Endemann II 538; Kober 291. A. M. Dernburg 726; Biermann 255.

5. Wolff, Iherings J. **44** 198 ff. Will Jemand, der von einer Bank ein unter Doppelverschluß gelegtes Stahlkammerfach gemiethet hat, die in das Fach eingelegten Sachen einem Dritten verpfänden, so kann dies in der Weise geschehen, daß der Verpfänder aus dem Gesammthandbesitz ausscheidet und der Gläubiger an seine Stelle rückt: Uebergabe der Einlaßkarte sowie der Schlüssel, die der Gläubiger hat (die Schlüssel zu dem eventuell in dem Fache befindlichen beweglichen Blechkasten brauchen ihm nicht übergeben zu werden, Anm. 144); doch ist außerdem zur Erlangung des Zutritts nach der mit der Bank getroffenen Vereinbarung nach Kenntniß des Schlüsselworts, eine Vollmacht u. dgl. nöthig. Solange diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, ist der Gläubiger noch nicht in die Besitzstellung des Schuldners eingerückt, das Pfandrecht also noch nicht entstanden.

Will der Miether des Faches die in das Fach gelegten Sachen der Bank selbst verpfänden, so genügt die Einigung der Bank und des Miethers über die Entstehung des Pfandrechts. Abs. 1 Satz 2 findet entsprechende Anwendung in allen Fällen, wo der Schuldner schon vor der Verpfändung den Mitbesitz zur gesammten Hand mit dem Gläubiger hat (200 ff.). Vgl. auch o. zu § 865 Note 2.

6. OLG. **5** 323 (Dresden) Bestellung eines Pfandes für fremde Schuld ist formfrei. Vgl. oben, Abs. 2 zu § 766.

7. Aus der Praxis. a) Durch Uebergabe und Besitz der Schlüssel eines Speichers derart, daß jeder Dritte insbesondere der Verpfänder (Schuldner) von dem ordnungsmäßigen Hergang ausgeschlossen ist, wird ein Pfandrecht an den darin enthaltenen Waaren begründet. OLG. **2** 334 (Stettin); ebenso Buhl 108 Anm. 1, Planck und Neumann.

Auch die in Zukunft zu Lager gehenden Waaren können auf diese Weise verpfändet werden. OLG. Stettin a. a. O.

b) Ueber den Sicherungskauf vgl. oben zu § 930 Ziff. 5 (592).

c) OLG. 5 157 (Königsberg): wenn in dem schriftlichen Vertrage gesagt ist „zur Sicherheit dieser Forderung verpfände ich die in der Feuerversicherungspolize versicherten Gegenstände", so enthält diese Abmachung die dingliche Einigung im Sinne des § 1205, welche aber für sich allein kein Pfandrecht gewähren kann, da es an dem zweiten Erfordernisse, der Uebergabe, fehlt. Einen Anspruch auf Uebergabe hat der Kläger aus diesem dinglichen Vertrag an sich nicht. Denn der dingliche Vertrag gewährt keinen Anspruch auf Erfüllung. Ebensowenig wie der Eigenthumsübertragungsvertrag erzeugt der Pfandvertrag, wenn die Uebergabe fehlt, irgend welche Verpflichtung, namentlich nicht die Verpflichtung zur Uebergabe.

§ 1206. 1. a) Wolff, Der Mitbesitz, Iherings J. **44** 148, s. auch oben zu § 1205 Note 5: § 1206 bestätigt die Auffassung, daß nicht nur dann Mitbesitz vorliegt, wenn mehrere Personen dieselbe Sache als unmittelbare Besitzer gleichen Grades beherrschen, sondern auch dann, wenn sie dies als mittelbare Besitzer thun.

A. a. O. Anm. 11. Verpfändet aber Jemand die in seinem mittelbaren Besitze befindliche Sache dadurch, daß er den mittelbaren Besitz auf seinen Gläubiger „überträgt", so begründet er damit für sich selbst einen mittelbaren Besitz entfernteren Grades gemäß §§ 868, 871: er und sein Gläubiger werden dann, obwohl beide mittelbare Besitzer sind, so wenig als „Mitbesitzer" angesehen, wie einer der Gläubiger und der dritte — unmittelbare — Besitzer der Sache. Erst § 1206 spricht vom mittelbaren „Mitbesitze".

In den Fällen der §§ 1081 Abs. 2, 1206 hat der eine Mitbesitzer Eigen-, der andere Fremdbesitz. (S. auch 164).

b) Den in § 1206 erwähnten Fällen steht gleich der unmittelbare Mitbesitz zweier Personen durch einen Besitzdiener, der nur den vereinigten Weisungen der beiden Folge zu leisten hat. Wolff a. a. O. 161.

c) Wolff a. a. O. 200 Anm. 146. Mitbesitz unter „Mitverschluß" liegt nur dann vor, wenn weder Verpfänder ohne den Pfandgläubiger, noch dieser ohne jenen zur Oeffnung des Gewahrsams im Stande ist; sind daher die Schlüssel, deren Jeder einen hat, gleich, so entsteht kein Pfandrecht. S. auch Enneccerus-Lehmann II 344 ff. und oben zu § 1205 Note 5.

Ein Mitverschluß ist nur dann vorhanden, wenn der Zugang zu den verpfändeten Sachen nur durch ein Zusammenwirken des Pfandgläubigers und des Eigenthümers erreicht werden kann (Prot. II 8603). Es genügt nicht, wenn beide einen Schlüssel zu dem Raume haben, in dem sich die Pfandsachen befinden, so daß Jeder Zutritt hat, vielmehr muß der Zutritt nur mit verschiedenen Schlüsseln verschiedener Schlösser möglich sein (vgl. Entsch. **RG. 37** 31; **5** 337). Leske 579 Anm. 3. Vgl. auch oben zu § 865 Note 2.

2. Bradt, Entstehung und Untergang des vertragsmäßigen Pfandrechts (Rost. Diss. 1901) 21: die Einräumung des Mitbesitzes muß das Pfandrecht auch dann entstehen lassen, wenn der Dritte auf Grund einer zwingenden Verabredung gehalten ist, die Sache allein dem Gläubiger auszufolgen, sobald die Forderung fällig geworden ist. Eine solche Pfandbestellung verstößt nicht gegen § 1206 zweite Hälfte, sie ist vielmehr in ihm, der die weitere Form festsetzt, als engere enthalten.

3. OLG. 5 325 (Stettin): die Pfandbestellung durch Ernennung eines gemeinschaftlichen Verwahrers oder Treuhänders ist unwirksam, wenn der Verpfänder unmittelbaren Mitbesitz behält, wenn er über die Sache eine thatsächliche Gewalt hat, der die Gewalt des Treuhänders höchstens etwa gleichwertig ist. Der Treuhänder muß eine thatsächliche Herrschaft haben, die sich ohne weiteres als die stärkste aller Betheiligten zeigt. Laufen die Veranstaltungen aber darauf

hinaus, daß der Verpfänder in Wirklichkeit unmittelbare Gewalt behält, so ist dem § 1206 nicht genügt, eine sachenrechtliche Wirkung tritt nicht ein.

Ob der Besitz eines Dritten gleichzeitig mit der Einigung darüber, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen solle, erst entsteht oder zuvor schon bestanden hat, ist bedeutungslos. Der Dritte muß aber von nun an die Pflicht haben, nur gemeinschaftlich an Eigenthümer und Gläubiger herauszugeben, und er muß außerdem, um dieser Pflicht entsprechend sein Verhalten einrichten zu können, fortan unmittelbaren Alleinbesitz erlangen, insbesondere darf neben ihm der Verpfänder keine gleichartige unmittelbare Gewalt weiterhin haben. Dabei besteht zwischen §§ 1205 Abs. 2 und 1206 der klare Unterschied, daß dem Dritten gegenüber nur bei der Bestellungsart des § 1205 Abs. 2 der Pfandgläubiger an sich allein die Herausgabe zu verlangen hat, dies aber bei § 1206 nicht „kann".

§ 1207. 1. OLG. Naumburg, R. **02** 234: der Pfandgläubiger kann sich Dritteigenthümern gegenüber nicht auf § 1207 berufen. Das Pfändungspfandrecht gewährt nur im Verhältnisse zu anderen Gläubigern, nicht also zum Dritteigenthümer, die Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Pfandrecht.

2. § 1207 findet weder auf den Erwerb des Pfändungspfandrechts (OLG. **2** 219 [Hamburg], Müller, Rechtliche Stellung des Käufers), noch auf den Erwerb gesetzlicher Pfandrechte (Mannhard, R. **00** 296 gegen Scherer, Sachenrecht zu § 1257) Anwendung.

3. Vom gewerbsmäßigen Pfandleiher kann Eigenthümer mangels abweichender Bestimmung des preuß. Ges. v. 17. 3. 1881 (Art. 94 EG.) die ihm gestohlene Sache ohne Lösung zurückverlangen, denn ihm gegenüber ist nach §§ 935, 1207 BGB. die Verpfändung wirkungslos. KGBl., AG. I Berlin.

4. Vgl. ferner oben zu § 559 Note 1 und zu § 932, insbesondere Note 8 b α.

§ 1208. 1. OLG. **4** 331, SächsA. **12** 377 (Dresden): § 1208 findet auf das Pfändungspfandrecht keine Anwendung. Vgl. OLG. Colmar, SächsA. **12** 382.

2. LG. I Berlin, KGBl. **01** 28: der bloße Wegfall der Pfandzeichen hebt das Pfandrecht nicht auf, selbst wenn der später pfändende Gläubiger von dem Bestehen dieses Pfandrechts keine Kenntniß hatte.

§ 1209. LG. Hamburg, DJZ. **02** 104: ist ein Pfändungspfandrecht früher entstanden als ein Miethspfandrecht, so geht ersteres vor, und der Miether hat kein Vorwegbefriedigungsrecht an den gepfändeten Sachen.

§ 1210. Francke, Theilstücke einer Forderung, Seuff. Bl. **67** 237 ff. führt gegen Planck zu §§ 268 Anm. 7, 5, 426 Anm. 3, 774 Anm. 3, 1143 Anm. 3 d, 1150 Anm. 4, 1125 Anm. 1, 1164 Anm. 4, 1176 Anm. 1 und Weber, Elf. Lothr. JZ. **02** Nr. 5 aus, daß Theilstücke einer Forderung mangels gegentheiliger Vereinbarung stets unter einander gleiches Recht haben, insbesondere gleichen Ranges sind. Hierfür sprechen §§ 1151, sowie 1210 und 1204.

Bezüglich des § 1210 bemerkt er (239): nach §§ 1210, 1273 in Verbindung mit § 1204 ist mangels gegentheiliger Vorschriften auch für anderes Pfandrecht als die Hypothek Rechtens, daß, wenn nicht Gegentheiliges vereinbart ward, für alle Theile der gesicherten Forderung aus der ganzen Sache Befriedigung zu gleichem Rechte gesucht werden darf.

§ 1212. Das Junge, das bei vorübergehender Entfernung des Mutterthiers vom gemietheten Grundstück geworfen und nicht eingebracht wird, unterliegt dem gesetzlichen Pfandrechte des Vermiethers. Siber, Gesetzliches Pfandrecht 1 Anm.

§ 1213. Ein unter dem preuß. OLG. vor dem 1. 1. 00 begründetes antichretisches, mit Hypothek verbundenes Pfandrecht am Grundstück ist bestehen geblieben. RG. **47** 56 ff.

§ 1217. Abs. 2. Satz 2. Bezüglich der Formel für den diskontirten Werth und das Interusurium vgl. § 1133. Langheineken, Mathem. Bem. zum BGB. Heft 1.

§ 1222. 1. OLG. 5 157 (Königsberg): der Pfandschuldner kann nicht verlangen, daß bei nur theilweiser Tilgung der Forderung ihm ein entsprechender Theil der Sachen zurückgegeben werde. Derselbe Grundsatz muß aber auch Platz greifen, wenn es sich nicht um einen dinglichen Pfandvertrag, sondern um einen obligatorischen, auf Bestellung eines Pfandes gerichteten Vertrag handelt. Vgl. oben zu § 1205 N. 7 c.

2. Vgl. ferner oben zu § 1205 N. 4 über die Verpfändung von Sachgesammtheiten.

§ 1223. OLG. 5 27 (Zweibrücken): der Pfandschuldner, also der zur Rückforderung Berechtigte, braucht nicht deren Eigenthümer zu sein. Daraus folgt, daß er zur Verwirklichung seiner nach geleisteter Zahlung und vermöge derselben gegenüber dem Pfandgläubiger erwachsenden Rechte nicht auf die rei vindicatio angewiesen sein kann.

§ 1224. Verzug des Gläubigers ohne Hinterlegung genügt nicht. Rosenberg, Iherings J. 43 289.

§ 1227. Die Rechtsvermuthung des § 1006 gilt auch zu Gunsten des Pfandbesitzers. Gierke, Fahrnißbesitz 33.

§ 1233. 1. v. Schwind, Pfandrecht 195 ff.: die geschichtliche Entwickelung und die Gestaltung im BGB., das schon für Sachpfandrechte, insbesondere aber für Pfandrechte an Rechten, verschiedene Realisierungsformen zuläßt, die zum Theil nicht im geringsten dem Hoheitsgedanken des Exekutionsrechts entsprungen sind, läßt nicht im entferntesten daran denken, daß die Art der Durchsetzung das Wesen des Pfandrechts berühren könne. Weder die Verkaufsbefugniß selbst, noch Gerichtlichkeit oder Nichtgerichtlichkeit ist dem Pfandrechte wesentlich. Dasselbe gilt von allen auf das Verhältniß der Pfandhaftung zu anderen Haftungen aufgebauten Unterscheidungen. Dagegen sind als gemeinsame Elemente, die alle Erscheinungsformen aufweisen, zu bezeichnen: die rechtliche Gebundenheit des Pfandgutes, kraft welcher es dem Gläubiger einsteht für eine Schuld; „die Bestellung eines Gutes als Haftobjekt für eine Verpflichtung" (Heusler); das „nexum habere pignus" (Exner). Das Wesen des Pfandrechts ist Haftung eines Gutes, Sachhaftung im weiteren Sinne (197), demzufolge besteht eine starke, gesicherte Gebundenheit. In der Gebundenheit zum Zwecke der möglichen Realisirung liegt das Wesen des Pfandrechts, „in dem Bewußtsein der Sicherheit beruht der Genuß desselben" (199). — 199 ff. über die Stellung des Pfandrechts im Rechtssysteme. Im Grunde müßte es nach Art der rechtlichen Macht, da sein Wesen in der Haftung liegt, seinen Platz nothwendig im Obligationenrechte finden, und zwar in voller Gleichberechtigung mit den anderen Haftungsformen, die sich als persönliche Haftungen zusammenfassen lassen. Doch, unbekümmert um das Wesen des dinglichen Rechtes (daß eine gleichmäßige dauernde Herrschaft dem Berechtigten zusteht, eine unmittelbare Verfügungsgewalt), stellt man in Sprachgebrauch und Theorie darauf ab, daß das Recht eine Sache unmittelbar erfaßt, an ihr klebt, sie nicht von sich läßt, und nennt dies dingliche Macht. Dann liegt der Unterschied nicht darin, daß die rechtliche Befugniß anders geartet ist, sondern im Objekt, darin, daß jede unmittelbare rechtliche Macht über eine Sache in Gegensatz gestellt wird zu anderen Sachen. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch das Sachpfandrecht als dingliches Recht zu bezeichnen. Dann muß man aber folgerichtig die übrigen Pfandrechtsfälle, durch welche nicht körperliche Sachen, sondern Rechte, Forderungsrechte, gewerbliche Privilegien, Autorrechte und dergl. für den Haftungszweck gebunden werden, aus

dem Gebiete der dinglichen Rechte ausweisen, wenn auch das Pfandrecht dadurch bezüglich seiner Objekte in zwei Theile zerlegt wird. Die Einheit des Rechtsinstituts bleibt jedoch gleichwohl bestehen, sie liegt darin, daß bei aller Verschiedenheit der Pfandobjekte immer eine Haftung, und zwar an einem individuell bestimmten Gute begründet ist (202).

2. OLG. 1 432 (Cöln): an Gegenständen, die nach § 811 CPO. nicht gepfändet werden können, kann man ein Pfandrecht bestellen, aber es kann nicht gemäß § 1233 Abs. 2 im Wege des prozessualen Zwangsvollstreckungsverfahrens realisirt werden.

§§ 1234, 1235. Aus der Pflicht der Miterben, der Veräußerung der Nachlaßgegenstände nach den Vorschriften über den Pfandverkauf zuzustimmen, ist nicht herzuleiten, daß der einzelne Miterbe nach Androhung an die anderen und Abwartung einer Monatsfrist den öffentlichen Verkauf wirksam gegen die Miterben ins Werk setzen kann. Eccius, Gruchots Beitr. **44** 769.

§ 1239. Der Zuschlag an den Eigenthümer hat die Wirkung einer neuen Eigenthumsübertragung; das ihm durch den Zuschlag entzogene Eigenthum wird von ihm gleichzeitig wieder erworben. Leske, 592; Jacubezky, Bemerkungen z. Entw. eines BGB. 292. Anders Mot. III 826, 831.

Bloch, Wirkungen des Mobiliarpfandverkaufs, 28 ff.: beim Erwerbe des Pfandgläubigers liegt ein Selbstkontrahiren vor, zwar nicht ein solches i. S. des § 181, sondern eine ganz besondere Art des Selbstkontrahirens, bei der es sich im reinsten Sinne des Wortes um „ein Kontrahiren mit sich selbst" handelt.

§ 1242. 1. Ist der Eigenthümer der Ersteigerer, so erlöschen mit dem Zuschlage die auf der Sache ruhenden dinglichen Belastungen im Umfange des Abs. 2. Buhl 115 Anm. 1; Jacubezky, a. a. O.

2. Biermann, Anm. 1 zu § 1242 bemerkt: dem Eigenthümer wird das Eigenthum durch den Pfandverkauf entzogen und ihm gleichzeitig aus der Hand des Pfandgläubigers wiedergegeben.

3. Neumann, DJZ. **01** 17: ohne den § 1242 würde durch die Veräußerung der Sache von Seiten des Nichteigenthümers an einen Dritten, der Kenntniß von dem mangelnden Eigenthume des Veräußerers hat, Eigenthum auf den Dritten nicht übertragen werden. Es ist der Gläubiger, welcher die Pfandsache veräußert, über sie verfügt.

§ 1244. 1. Neumann, DJZ. **01** 17: ohne den § 1244 würde der Gläubiger, welcher eine zum Vermögen des Schuldners nicht gehörende Sache pfändet, ein materiell rechtswirksames Pfandrecht nicht erwerben; gemäß § 1244 erwirbt er es nur dann nicht, wenn ihm zur Zeit des Zuschlags bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß dem Veräußerer ein wirksames Pfandrecht nicht zusteht. Ist der Ersteher im guten Glauben, so liegt der Thatbestand des § 816 vor. Der Beweis dafür, daß der Ersteher nicht in gutem Glauben, liegt demjenigen ob, der den Eigenthumserwerb wegen Nichtvorhandenseins des guten Glaubens verneint. Ist der Ersteher schlechtgläubig, dann verbleibt das Eigenthum trotz des Zuschlags bei dem bisherigen Eigenthümer; der Ersteher hat eventuell den Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger.

Diese Sätze sind entsprechend anzuwenden auf Fälle, in denen es sich um den Eingriff nicht in das Eigenthum, sondern ein sonstiges Recht oder eine geschützte Rechtsposition des Dritten handelt (§§ 1244, 936, 135, 2113). Doch ist der Bereicherungsanspruch aus §§ 816, 812 in diesen Fällen davon abhängig, daß das Recht des Dritten, zu dessen Sicherung die Verfügungsbeschränkung dient, auch wirklich zur Entstehung gelangt.

2. Der Schutz des Erwerbers ist im Falle des § 1233 Abs. 2 nicht von dem Vorhandensein eines vollstreckbaren Titels abhängig. Planck, Anm. 2aα. A. A. Biermann.

3. Biermann hält neben § 936 auch § 1242 Abs. 2 für anwendbar, so daß auch im Falle des § 1244 ein Pfandrecht oder ein nicht allen Pfandrechten vorgehender Nießbrauch erlösche, wenn sie auch dem Erwerber bekannt. Dagegen Planck, Anm. 3b.

4. Die Nichterwähnung des § 935 Abs. 1 ergiebt für den Fall nicht öffentlicher Versteigerung, daß die Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben auch bezüglich der nach §§ 1235 Abs. 2 und 1240 Abs. 2 sich vollziehenden Pfandverkäufe abhanden gekommener Sachen keine Ausnahme erleiden. Neumann, Anm. 2b; Planck, Anm. 3a Abs. 4; Bloch, a. a. O.

§ 1246. KGJ. **24** A 1 (KG.): die Vorschrift des § 1246 gehört zu den im § 127 Abs. 1 KO. erwähnten Vorschriften über den Pfandverkauf.

Im Falle des Abs. 2 hat der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur über die Art des Pfandverkaufs zu entscheiden. Sind unter den Betheiligten Punkte streitig, von denen das Recht zum Pfandverkaufe überhaupt abhängt, so hat er den Antrag auf eine Anordnung i. S. des § 1246 Abs. 2 abzulehnen.

§ 1247. 1. Durch die Zahlung der Kaufsumme beim Pfandverkaufe geht das bezahlte Geld, mit den bisher an der Pfandsache bestehenden beschränkten dinglichen Rechten belastet, zunächst in das Miteigenthum des betreibenden Gläubigers und des früheren Eigenthümers der Pfandsache über. Der Gläubiger hat aber das Recht, durch Aussonderung des ihm gebührenden Betrags diesen pfandfrei zu seinem Alleineigenthume zu machen. An dem Reste besteht dann das Eigenthum des früheren Pfandeigenthümers sammt den übergegangenen dinglichen Rechten fort. Vermischt der Gläubiger das gesammte Geld mit seinem anderweiten Vermögen, so gehen das Eigenthum und diese besonderen Rechte an dem Gelde unter. Dafür erlangt der frühere Pfandeigenthümer eine entsprechende Miteigenthumsquote, bei völligem Uebergang in das Vermögen des Pfandgläubigers sogar nur eine entsprechende Forderung gegen ihn, an der die beschränkten Rechte weiter bestehen, um bei Herauszahlung des dem Eigenthümer zukommenden Betrags wieder an diesem aufzuleben. Enneccerus-Lehmann II § 125 Ziff. 4. Vgl. über das Rechtsverhältniß am Erlös auch Neumann zu § 1247 Note 3.

2. Beim Pfandverkauf einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache erlangt trotzdem der Verkäufer, insoweit seine Forderung reicht, Eigenthum am Erlöse. Leonhard, Aufrechnung gegen eine Nichtschuld, A.bürgR. **21** 171 ff.

3. Wenn der baare Erlös den Betrag der Pfandforderung übersteigt, so entsteht Miteigenthum am Erlöse zwischen dem Pfandgläubiger und den anderen Betheiligten; dadurch wird aber der Pfandgläubiger nicht gehindert, sich in Höhe seiner Forderung durch Zueignung des erforderlichen Betrags zu befriedigen. Leske 595; Jacubezky, Bemerkungen z. Entw. eines BGB. 292. Anders Mot. III 833 f.

§ 1248. Alle zwischen dem gutgläubigen Pfandgläubiger und dem Verpfänder vorgenommenen Rechtshandlungen, z. B. ein dem Verpfänder gegenüber erklärter Verzicht, eine an den Verpfänder erfolgte Rückgabe des Pfandes, eine mit ihm getroffene Vereinbarung über den Verkauf, sind dem Eigenthümer gegenüber wirksam. Leske 592 f.

§ 1250. Knitschky — s. u. zu §§ 1259 ff. — 799: auch auf das Schiffspfandrecht findet § 1250 Anwendung. Die Umschreibung im Schiffsregister ist nicht erforderlich, bietet aber den Vortheil, daß durch sie Verfügungen des

Rechtsvorgängers, die thatsächliche Unbequemlichkeiten verursachen könnten, erschwert werden.

Ueber den Fall der Abtretung s. Näheres a. a. O. 799.

§ 1251. Wolff a. a. O. 204: wenn der bisherige Pfandgläubiger nur Gesammthandbesitz hatte, kann auch der neue nur Uebertragung des Mitbesitzes, z. B. durch Uebergabe des Schlüssels, verlangen, schon mit der Erlangung dieses Gesammthandbesitzes tritt er in die fraglichen Verpflichtungen ein.

Biermann bemerkt: unter den mit dem Pfandrechte verbundenen Verpflichtungen gegen den Verpfänder sind diejenigen zu verstehen, die dem Pfandgläubiger kraft Gesetzes obliegen, insbesondere die Verpflichtung zur Verwahrung und zur Rückgabe des Pfandes. Dagegen haftet der neue Gläubiger keineswegs ohne Schuldübernahme wegen konkreter Ansprüche, die gegen den bisherigen Gläubiger bereits entstanden waren, z. B. in Folge Verschuldens desselben. Eine Ausnahme wird aber der dem Verpfänder gegen den bisherigen Pfandgläubiger nach § 1217 zustehende Anspruch auf Hinterlegung, gerichtliche Verwahrung, Rückgabe des Pfandes machen. Diesen wird der Verpfänder auch gegen den neuen Pfandgläubiger geltend machen können.

§ 1253. 1. Bradt 51: das für eine anfechtbare Forderung bestellte Pfandrecht erhält sich so lange, als die Forderung nicht angefochten wird; ist dies geschehen, so wird mit der Forderung das Pfandrecht unwirksam.

2. Wolff a. a. O. 202 ff.: auch dann, wenn der Pfandgläubiger dem Verpfänder oder dem Eigenthümer den schlichten Mitbesitz, insbesondere den unmittelbaren Mitbesitz ohne Mitverschluß einräumt, muß das Pfandrecht als untergegangen angesehen werden. Anders, wenn sie den Mitbesitz nicht durch einen Akt des Pfandgläubigers eingeräumt erhalten haben, sondern z. B. durch heimliche Verschaffung eines zweiten Schlüssels ohne Wissen und Willen des Gläubigers, dem alle vorhandenen Schlüssel übergeben waren. Aber natürlich steht der „Zurückgabe" des Pfandes eine einseitige Zurücknahme, die vom Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend, im voraus oder nachher gebilligt wird, gleich.

Entsprechend ist Abs. 2 aufzufassen: auch wenn das Pfand sich im schlichten Mitbesitze des Gläubigers mit einer der dort bezeichneten Personen befindet, muß vermuthet werden, daß der schlichte Mitbesitz ihr durch den Gläubiger eingeräumt worden sei.

Cosack II 299 hebt hervor, daß das Pfandrecht nicht erlischt, wenn der Pfandgläubiger nicht wußte, daß derjenige, dem er das Pfand aushändigt, der Eigenthümer ist.

3. Es erlischt aber auch dann, wenn die Rückgabe auf Grund eines besonderen Vertrags, z. B. Leihe, erfolgt ist. OLG. 2 80 (KG.).

§ 1254. In dem Verlangen der Rückgabe des Pfandes liegt die Geltendmachung der Einrede. Hellwig, Anspruch 11.

§ 1257. 1. a) Siber, Das gesetzl. Pfandrecht des Vermiethers, Verpächters, Gastwirths: nur auf das bestellte, kraft Gesetzes bereits entstandene gesetzliche Pfandrecht, nicht auf seine Entstehung sind die Bestimmungen über das Vertragspfandrecht analog anwendbar, d. h. guter Glaube des Erwerbers ist nicht geschützt. Daher sind nicht anwendbar §§ 1205—1208. Vgl. OLG. **2** 80 (KG.); OLG. Colmar, SächsA. **12** 382, OLG. **3** 28. Vgl. auch oben § 559 Ziff. 1. Ebenso OLG. **2** 219 (Hamburg), Siber a. a. O. 41.

Nicht anwendbar ferner § 1219, desgl. § 1204 Abs. 2. Dagegen folgt e contrario aus § 559 Satz 2, daß das Pfandrecht des Vermiethers auch für künftige Forderungen besteht, aber nur solche aus dem bestehenden Mieth-

vertrage, nicht für die aus der noch ausstehenden tacita relocatio. Siber a. a. O. 10 ff.; Cosack II 313, § 247.

Der Erwerb des Pfandrechts kraft Gesetzes wird durch Verfügungsbeschränkungen des Eigenthümers nicht ausgeschlossen. Neumann, Vorb. zu §§ 104 ff. Note 5c.

b) Mannhardt, HansGerZ. Beibl. 00 77 behandelt die Frage, ob das im BGB. ausgesprochene Prinzip des gutgläubigen Pfanderwerbes auch auf den Erwerb eines Pfändungspfandrechts Anwendung finde. Die CPO. bestimmt über die Frage nichts. Im BGB. hat das Pfändungspfandrecht ex professo nicht behandelt; § 1257 findet keine Anwendung, einmal, weil unter die gesetzlichen Pfandrechte das Pfändungspfandrecht nicht einzurechnen ist, sodann, weil er nur von den bereits entstandenen, bestellten Pfandrechten spricht, so daß also nicht auch die Begründung der gesetzlichen Pfandrechte nach Analogie des § 1257 vor sich geht. Nun ist aber der Schutz der bona fides kein allgemeines Rechtsprinzip, vielmehr eine Ausnahme von der Regel: nemo plus iuris u. s. w. Er bleibt daher nur auf diejenigen Rechtsbeziehungen beschränkt, für die er durch ausdrückliche Vorschrift proklamirt worden ist. Für alle anderen Fälle tritt die allgemeine Regel unbeschränkter Vindikabilität seitens des Eigenthümers ein. Die Pfändung gemäß § 804 CPO. gewährt dem pfändenden Gläubiger gegenüber keinen Besitztitel im Sinne des § 986 BGB. Zu dem gleichen Ergebnisse mit abweichender Begründung gelangt Cohen ebd. 101. Vgl. weiter Replik von Mannhardt ebd. 121.

c) Da der Erwerb des kraft Gesetzes entstehenden Pfandrechts nicht auf rechtsgeschäftlicher Verfügung beruht, so findet der Grundsatz über den Schutz des guten Glaubens auf das gesetzliche Pfandrecht keine Anwendung. Leske 618; Biermann 287; Neumann I 675.

2. Wolff a. a. O. 204 ff. (Anm. 154 ff.) a) Bei den handelsrechtlichen Pfandrechten des Kommissionärs, Spediteurs und Lagerhalters ist der Satz „mit der Hand stirbt das Pfand" viel weiter als nach BGB. ausgedehnt worden: jeder Verlust des Pfandbesitzes — auch der unfreiwillige, auch der an andere als den Eigenthümer der Sache verlorene (Abweichungen von § 1253 Abs. 1) — auch bei Kenntniß des Bestehens des Pfandrechts seitens des dritten Erwerbers der Pfandsache (Abweichung von § 936 Abs. 2) — tilgt das Pfandrecht.

Diese Ausnahmenormen von dem Grundsatze des § 1257 sind eng auszulegen; solange der Gläubiger auch nur den Mitbesitz der Sache noch hat, darf sein Pfandrecht noch nicht als untergegangen betrachtet werden. Nur folgende Einschränkung ist zu machen: hat der Pfandgläubiger selbst dem Eigenthümer der Pfandsache den schlichten Mitbesitz der Pfandsache eingeräumt, so geht schon nach § 1253 das Pfandrecht unter, das gesetzliche und das bestellte.

Auch bezüglich des gesetzlichen Pfandrechts des Frachtführers und Verfrachters an dem Frachtgute (HGB. §§ 440, 623, Binnenschiffahrtsgesetz § 26) muß aus gleichen Gründen dem Alleinbesitze des Empfängers sein Mitbesitz mit einem Anderen gleichgestellt werden. § 1253 findet keine entsprechende Anwendung, weil der Empfänger des Frachtguts häufig der Eigenthümer sein wird und das Gesetz trotz der Aushändigung des Gutes an diesen das Pfandrecht fortbestehen läßt.

b) Bei den Pfandrechten der §§ 590, 647, deren Entstehung davon abhängt, daß das Gut „in den Besitz" des Gläubigers gelangt, hat der Gesetzgeber nicht an jeden Besitzverlust den des Pfandrechts geknüpft.

Dem „Besitz" (Alleinbesitz) steht hier übrigens der Gesammthandbesitz, nicht aber der schlichte Mitbesitz mit dem Schuldner gleich; arg. § 1206, der analoge Anwendung findet (a. a. O. Anm. 157).

Vgl. ferner die oben zu § 1257 Note 1a angezogenen Entscheidungen.

c) Dem Erwerber eines gesetzlichen Pfandrechts steht der Schutz des guten Glaubens nach § 1208 nicht zu. Vgl. Zimmermann, Die Rechtswirkungen der Veräußerung und Belastung des vermietheten Grundstücks auf das Miethverhältniß 55ff.

§ 1258. Wolff a. a. O. 201: das Pfandrecht an anderen Sachbruchtheilen (als an dem Antheil eines Miteigenthümers) wird nicht mehr erwähnt, ist aber unbedenklich zulässig. Steht die Sache im Alleineigenthum des Verpfänders, so ersetzt die Einräumung des schlichten Mitbesitzes die Uebergabe der Sache; eines besonders qualifizirten Mitbesitzes, insbesondere eines solchen unter Mitverschluß, bedarf es nicht. Der Verpfänder behält den Mitbesitz als Eigenthum eines unbelasteten Sachbruchtheils. Verpfändet dagegen ein Miteigenthümer seine Eigenthumsquote, so muß er dem Gläubiger das Maß an Sachherrschaft verschaffen, das er selbst hat, demnach aus dem Besitze der Sache gänzlich ausscheiden.

§§ 1259ff. v. Schwind a. a. O. 152ff.: durch die Pfandbegründung, mag sie durch Vertrag oder im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen, tritt zunächst eine Gebundenheit des gepfändeten Vermögensrechts ein, die eventuell, wenn Veränderungen an diesem eintreten, ihre Form entsprechend verändern mag, die aber in allen Formen dem Gläubiger Sicherheit giebt, bis sie schließlich, wenn keine Zahlung der Schuld erfolgt, dem Gläubiger eine Ersatzleistung in die Hand spielt. Im Folgenden Uebersicht über die gesetzlichen Bestimmungen.

Knitschky, Das vertragsmäßige Schiffspfandrecht, Gruchots Beitr. **45** 782ff. giebt eine Uebersicht über die eintragungsfähigen, also pfändbaren Schiffe und die Voraussetzungen der Eintragung unter Hervorhebung der verschiedenen einschlägigen Reichsgesetze.

§ 1260. 1. a) Knitschky 791ff. führt gegen Lewis-Boyens, Seerecht I 113 aus: der Vertrag kann gültig nur von dem wirklichen Eigenthümer abgeschlossen werden; § 1207 ist nicht anwendbar. Doch braucht der Eigenthümer im Zeitpunkte des Abschlusses des dinglichen Vertrags oder auch nur der bindenden Erklärung als solcher in das Register nicht eingetragen zu sein. Mängel der Einigung zwischen Eigenthümer und Gläubiger werden durch die spätere Eintragung nicht geheilt. Aus einem bei Eingehung der persönlichen Schuld ertheilten Versprechen der Pfandbestellung kann auf Eingehung des dinglichen Vertrags geklagt werden: Zwangsvollstreckung nach § 894 CPO. Zum Schutze des Anspruchs Eintragung einer Vormerkung nach §§ 941, 942 CPO. Geräth der Eigenthümer vor der Eintragung in Konkurs, so kommt KO. § 24 in Betracht.

b) Hinsichtlich der Eintragung (792ff.) finden §§ 100, 111, 101, 108 FrGG. Anwendung. Weigert sich der Eigenthümer trotz Abschlusses des dinglichen Vertrags, die Eintragung zu bewilligen, kommen CPO. §§ 894, ev. 895 zur Anwendung. Bezüglich der Aufhebung der Vormerkung vgl. FrGG. § 103. Falls die Eintragung eines Schiffspfandes erfolgt ist, während ihre materiellen Erfordernisse fehlten, kommt kein Pfandrecht zur Entstehung, sei es, daß die Forderung oder der dingliche Vertrag nichtig ist, insbesondere die Eintragungsbewilligung fehlt: § 119 FrGG. findet Anwendung, da das Register hinsichtlich des Ranges unrichtig geworden ist. Gleiches gilt, wenn die Eintragungsbewilligung ungültig ist. § 1263 gewährt hier überall einen Berichtigungsanspruch, doch hat die Berichtigung hier — im Gegensatze zum Grundbuchrechte, für das § 892 gilt, — nur den Werth, daß die wirkliche Rechtslage allgemein erkennbar ist. Dies hat für den Eigenthümer eine große wirthschaftliche Bedeutung,

weil es die Begründung anderer Pfandrechte erleichtert und sanirt. Für die Bekanntmachungen der Eintragungen gilt FrGG. §§ 121, 120. Eine dem Hypothekenbrief entsprechende Urkunde wird nicht ausgestellt.

2. Knitschky 800 ff.: nur auf dem Umwege der Bestellung eines besonderen Pfandrechts, im Nothfall eines Maximalpfandes, kann die Haftung des Schiffes für andere als die in Abs. 2 genannten Nebenleistungen, insbesondere etwa vereinbarte Vertragsstrafen herbeigeführt werden. Ohne Eintragung dagegen darf der Pfandgläubiger sich nicht aus dem Schiffe decken (vgl. § 1264 mit § 1210).

§ 1261. Knitschky 820 ff. (Näheres über die §§ 1261, 881, über §§ 1261, 880 und §§ 1261, 1251): auch hier wird die unrechtmäßige Löschung im Schiffsregister in analoger Weise wie für § 1262 von Bedeutung. Näheres a. a. O.

A. a. O. 822 hebt er hervor, daß die Reihenfolge der Eintragungen den vertragsmäßigen Pfandrechten keine unbedingte Sicherheit für ihren scheinbaren Rang gewährt; hierzu kommt der unbedingte Vorrang der Schiffsgläubigerrechte des HGB. § 776.

Ebenso verhält es sich mit dem Arrestpfandrecht (s. auch unten zu § 1262). Die Entstehung ist von der Eintragung unabhängig (823).

§ 1262. 1. Knitschky a. a. O. 787 ff.: trotz §§ 1262, 1261, 879 ist das Schiffspfandrecht nicht eine Unterart der Hypothek. Nur in Bezug auf das Grundbuch ist der Schutz des gutgläubigen Erwerbers vollkommen durchgeführt. Beim Schiffsregister aber gilt nicht einmal § 891, noch weniger § 1138. Und sogar von der Sicherungshypothek (§ 1184) unterscheidet sich das Schiffspfandrecht noch wesentlich. Neben ihm können sehr wohl gesetzliche Pfandrechte vorkommen, während sie an Grundstücken so gut wie ausgeschlossen sind. Auch kann es der Regel nach nicht Eigenthümerpfandrecht sein. Ist die Forderung, für die es bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so ist auch kein Pfandrecht begründet. Erlischt sie, so geht auch das Pfandrecht unter (§ 1252). Gleichfalls, wenn sie auf den Schiffseigenthümer übergeht, der nicht persönlicher Schuldner ist, oder dieser den Gläubiger befriedigt (Ausnahme: § 1256 Abs. 2). Auch eine Gesammthypothek (§§ 1172 ff.) ist nicht denkbar. Wird eine und dieselbe Forderung durch Verpfändung mehrerer Schiffe gesichert, so finden §§ 1266, 1222 Anwendung. Es finden demnach die für das Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten geltenden Bestimmungen insoweit Anwendung, als §§ 1260 ff. nicht Abweichungen enthalten.

A. a. O. 790: das Arrestpfandrecht (§§ 930, 931 CPO.) wird auf Antrag des Gläubigers in das Schiffsregister als Maximalhypothek eingetragen. Dennoch finden im Uebrigen die Vorschriften des BGB. über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht an einem Schiffe Anwendung, insbesondere § 1262. Ueber den Fall, daß der Schiffseigenthümer nach dessen Pfändung sein Recht nach §§ 925 ff. auf einen Anderen überträgt, s. daselbst 790/91. Auch aus den Bestimmungen über das Arrestpfandrecht erhellt, daß die Vorschriften über die Begründung des Schiffspfandrechts ausschließlich auf wirthschaftlichen Erwägungen beruhen, aus denen durchaus keine Schlüsse über das Wesen des Rechtes abgeleitet werden dürfen. Entscheidend ist, daß das Schiff eine bewegliche Sache von besonderer Art ist.

2. Knitschky 819: durch Abs. 1 wird der Erwerber bei entgeltlichen Veräußerungen mittelbar veranlaßt, vor Abschluß des Geschäfts das Register einzusehen. Doch ist die Unterlassung nicht grobe Fahrlässigkeit. Auch wenn er aus triftigen Gründen die Einsicht unterläßt, erlangt er kein lastenfreies Eigenthum.

Ist aber das Pfandrecht mit Unrecht gelöscht, so wird der Erwerber über das gewöhnliche Maß hinausgeschützt. § 936 Abs. 1[1] gilt auch nach § 474 HGB. (insbesondere Uebergang durch bloßen Vertrag).

Besonderes über die Anwendung des § 1262 im Falle der Bestellung eines Nießbrauchers: a. a. O. 822.

§ 1263. 1. Knitschky a. a. O. 786 ff.: das Schiffsregister, das an sich anderen Zwecken dient, ist hinsichtlich der Belastung dem Grundbuche gleichgestellt. Daran knüpfen sich die weiteren Aehnlichkeiten des Abs. 1. Es finden die §§ 107, 102, 105, 119, 123 des FrGG. Anwendung.

2. Knitschky 818: die Löschung im Register ist zum Untergange des Rechtes nicht erforderlich, sondern stellt nur die Thatsache klar. Der gute Glaube des Erwerbers ist ohne Bedeutung. Bei Löschung trotz Fortbestehens der Forderung Berichtigungsanspruch nach § 1263. Dennoch hat nach § 1262 die ungerechtfertigte Beseitigung des Eintrags erhebliche Folgen.

§ 1264. Knitschky a. a. O. 786 ff.: die Annäherungen der §§ 1264 und 1268 an das für Grundstücke geltende Hypothekenrecht werden durch den verhältnißmäßig großen Werth der eingetragenen Schiffe gerechtfertigt und liegen sowohl im Interesse des Schuldners wie der übrigen betheiligten Gläubiger, denn durch den höheren Werth des Gegenstandes wird auch gerade seine mehrfache Verpfändung häufiger.

§ 1265. Knitschky 801: es ist gleichgültig, ob das Zubehör schon zur Zeit der Verpfändung vorhanden oder erst später angeschafft ist.

Sind die Zubehörstücke nicht Eigenthum des Schiffseigenthümers, so ist die Einwilligung des wirklichen Eigenthümers der Zubehörstücke einflußlos, da begrifflich eine selbständige Pfandbestellung vorliegen würde, die weder als Faustpfand noch als Schiffspfand gültig ist.

Verkauft der Schiffer im Falle zwingender Nothwendigkeit sein Schiff, so tritt an die Stelle des letzteren für die Pfandgläubiger das Kaufgeld gemäß § 764 HGB. Es verwandelt sich das Pfandrecht am Schiffe in ein solches an einer Forderung; §§ 1281, 1282 finden Anwendung.

Geht das Schiff unter, so bleiben die geretteten Schiffstrümmer dem Pfandgläubiger verhaftet. Nach § 936 erlischt die Belastung bei gutem Glauben des Erwerbers.

Ueber Abs. 2 s. §§ 802/3. Wenn der Erwerber von der Beschlagnahme erfahren hat, hat er doch kein Recht darauf, daß ihm die Wegschaffung gestattet werde. A. M. Schaps, Das deutsche Seerecht (2) 24.

§ 1266. 1. Knitschky 794 ff.: die Forderung, für die das Pfandrecht bestellt ist, muß wirklich bestehen. Die akzessorische Natur des Schiffspfandrechts ergiebt sich einerseits aus dem Fehlen jeder ausdrücklichen Anerkennung des Eigenthümerpfandrechts, andererseits aus den §§ 1266, 1256. Wird das Bestehen der Forderung bestritten, so trifft den Gläubiger die Beweislast dafür, daß sein Pfandrecht in gültiger Weise begründet ist. Hierfür kann er sich nicht auf die Eintragungsbewilligung berufen; es ist für den Gläubiger gerathen, sich stets eine Schuldurkunde aushändigen zu lassen.

Die Forderung muß eine Geldforderung sein (§§ 1260 Abs. 2, FrGG. § 106). Zulässig nach § 1271 Maximalpfand; vgl. § 1190.

Der Uebertragung der Forderung sind keine Schranken gezogen, das Pfandrecht geht mit der Forderung über (§§ 1266, 1250).

2. Knitschky 798 ff.: werden für eine und dieselbe Forderung mehrere Schiffe verpfändet, so entsteht nur ein Pfandrecht. Das ergiebt sich aus § 1222 und FrGG. § 116. Bezüglich der Befriedigung gilt § 1230: der Gläubiger kann das Schiff wählen.

Betreibt der Gläubiger Zwangsversteigerung ohne genügende Veranlassung gleichzeitig in mehrere Schiffe, so ist der Schuldner gemäß §§ 162, 76 ZwGG. geschützt (799).

3. a) Knitschky 803: ausgeschlossen bleiben die Bestimmungen über die Entstehung und den Rang des Pfandrechts, den Umfang der Haftung, die Verwahrung des Pfandes und den Ersatz der Verwendungen, die Verkaufsberechtigung des Gläubigers, sowie über Rückgabe und Herausgabe des Pfandes. Unbestritten anwendbar dagegen sind die §§ 1211, 1222, 1224, 1225, 1249, 1250, 1252, 1255, 1256, natürlich auch die Begriffsbestimmung des § 1204.

b) 803 ff. nimmt er gegen die herrschende Ansicht an, daß auch die Sicherungsrechte der §§ 1219—1221 dem Schiffspfandgläubiger zustehen. Nicht ihre Entstehung, sondern nur die in den §§ 1219—1221 angeordnete besondere Art ihrer Ausübung ist durch den Besitz bedingt. Außerdem wäre nach der herrschenden Ansicht der Schiffspfandgläubiger den Beeinträchtigungen ihrer Rechte schutzlos preisgegeben. Mit einer einstweiligen Verfügung (Biermann zu § 1266) oder dem Klagrecht aus § 1227 (Neumann zu § 1266) ist nur zu helfen, wenn die Gefährdung auf Einwirkungen des Eigenthümers oder eines Dritten beruht, nicht aber gegen Unterlassungen des Verpfänders. Der § 1219 muß ev. entsprechende Anwendung finden. (Näheres a. a. O. 804/5.)

c) Gegen Schaps 24 und Löwe bei Makower, Handelsgesetzbuch II 318, die dem Gläubiger die Klage aus § 1227 versagen, hält er sie (805) mit Biermann (zu § 1266) mit erheblichen Modifikationen für anwendbar. Ein Klagerecht auf Herausgabe hat er nicht, wohl aber kann der § 1004 (Eigenthumfreiheitsanspruch) in entsprechender Anwendung von Bedeutung werden. Die Klage kann auch dazu dienen, fälschlich behaupteten Schiffsgläubigerrechten entgegenzutreten. Der Pfandgläubiger muß bei allen Rechtsstreitigkeiten vollen Beweis erbringen; § 1006 kommt ihm wegen des fehlenden Besitzes nicht zu Gute.

d) Gegen Neumann und Schaps hält er auch den § 1229 für anwendbar (806), da das Verbot des lex commissoria mit dem Besitze des Faustpfandgläubigers in gar keinem Zusammenhange steht. Daß bei einem Schiffspfande von einer technischen Verkaufsberechtigung keine Rede sein kann, ist unerheblich.

e) Gegen Schaps, der (17 Anm. 1) aus dem Grunde des § 647 den § 1257 nicht für anwendbar und die gesetzlichen Pfandrechte nicht für eintragbar hält, schließt er sich, unter Billigung des Ergebnisses, der Mittelsteinschen (Miethe, 204) Begründung an. Der § 1257 beziehe sich nur auf das bestellte Pfandrecht; hieraus folge, daß das gesetzliche nicht der Eintragung bedarf (807).

4. Knitschky a. a. O. 785: die Vorschriften sind ausschließlich anwendbar (arg. auch § 1260); — ebenso Motive III 846—7.

A. a. O. 789: § 1260 gilt nur für vertragsmäßige Schiffspfandrechte. Doch steht dem Vorkommen gesetzlicher Pfandrechte an einem Schiffe nichts entgegen. Z. B. § 647 für den Schiffsbaumeister, wenn es sich um den bloßen Umbau eines Schiffes oder seine Wiederherstellung handelt; es geht allen später eingetragenen Schiffspfändern vor. Im Uebrigen sind die §§ 1209, 1257 anwendbar: d. h. der Zeitpunkt der Entstehung ist maßgebend für den Rang. Dies gilt auch im Verhältnisse zu den eingetragenen Rechten, bei denen insofern die Reihenfolge der Eintragungen nicht entscheidet. Doch gehen die wichtigsten Rechte — die der Schiffsgläubiger — nach HGB. § 776 allen übrigen vor. Auch die Bodmerei gewährt diesen Vorzug nach HGB., obwohl sie an sich eine vertragsmäßige Verpfändung des Schiffes enthält.

5. a) Knitschky 814 ff. über das Erlöschen des Pfandrechts (§ 1252): im Falle der Befriedigung des Pfandgläubigers durch einen anderen dinglich

Berechtigten bleibt die Forderung erhoben und geht nur auf einen neuen Gläubiger über. Aehnlich bei dem Schiffseigenthümer, der nicht persönlicher Schuldner ist. Befriedigt er den Gläubiger, so geht nach §§ 1266, 1249 die Forderung auf ihn über. Regelmäßig tritt nach §§ 1266, 1250 alsdann in Folge der Vereinigung Erlöschen des Pfandrechts ein.

b) Knitschky 815 ff.: die Gestaltung des § 1255 (Aufgabe des Pfandrechts durch einseitige Erklärung des Pfandgläubigers) ist allein verwendbar, wenn der Anspruch von dem persönlichen Schuldner, der nicht zugleich Eigenthümer des Schiffes ist, geltend gemacht wird. Mit Rechtskraft der Verurtheilung zur Abgabe dieser Erklärung Berichtigung des Registers nach FrGG. § 102, so daß die Unterschiede zwischen den durch §§ 1267 und 1266 gewährten Befugnissen mehr formaler Natur sind. In beiden Fällen steht die Geltendmachung der Einrede dem Schuldner und Schiffseigenthümer frei. Thatsächlich ist es ohne Bedeutung, daß § 1267 nur den Verpfänder und nicht den Eigenthümer nennt.

c) Knitschky 816: auch durch Geltendmachung der Ungültigkeit der Verpfändung kann die Löschung des eingetragenen Rechtes herbeigeführt werden. Das Recht hierzu steht im Falle der Nichtigkeit des dinglichen Vertrags dem Schiffseigenthümer als solchem zu, und auch dem Verpfänder, der nicht mehr Eigenthümer ist. Der Verpfänder allein kann aber die Anfechtungsklage erheben.

Rechtsgeschäftliche Aufhebung gemäß § 1255, FrGG. § 105.

Zusammentreffen von Pfandrecht und Eigenthum in einer Person (§ 1256) kann durch Befriedigung des Pfandgläubigers (s. o.) und durch Erwerb des Schiffes durch ihn, Erbgang u. s. w. herbeigeführt werden. — Ueber die Ausnahmen, in denen das Erlöschen nicht eintritt, vgl. a. a. O. 816 f.

d) Knitschky 818: Erlöschen sämmtlicher Pfandrechte auch noch im Falle des § 764 HGB., des ZwVerstG. §§ 169, 91 Abs. 1 und nach den allgemeinen Grundsätzen (Untergang des Schiffes u. s. w.).

§ 1267. Knitschky 815 über einen Anwendungsfall des § 1267: die Voraussetzung des Satzes 2 ist sehr häufig, nämlich stets dann gegeben, wenn der persönliche Schuldner dem Eigenthümer verpflichtet ist, das Schiff von der Belastung zu befreien. — Vgl. auch oben zu § 1266.

§ 1268. Knitschky 807 ff.: ist der Schuldner der zu Grunde liegenden persönlichen Forderung zugleich Eigenthümer des Schiffes, so braucht sich der Gläubiger nicht unter allen Umständen auf sein Pfandrecht zu berufen, sondern kann schon wegen seiner Forderung die Zwangsvollstreckung nach den gewöhnlichen Grundsätzen betreiben. Sind aber nachstehende Pfandgläubiger vorhanden, so muß er sich auf sein dingliches Recht berufen. Der Gläubiger kann sich die erforderlichen Vollstreckungstitel im Wege des Urkundenprozesses oder des Mahnverfahrens verschaffen.

Anders liegt rechtlich die Zwangsvollstreckung gegen den Schiffseigenthümer, der nicht persönlicher Schuldner ist. Der Gläubiger muß sich auf das dingliche Recht stützen, dessen Voraussetzungen in vollem Umfange zu beweisen sind. Urkundenprozeß und Mahnverfahren sind dabei ausgeschlossen; die §§ 592—688 CPO. sind nicht anwendbar, weil nicht § 1113, sondern § 1204 zutrifft. Deshalb finden auch § 1148, ebenso § 1248 oder § 1207 Anwendung.

Eine Veräußerung des Schiffes nach Erhebung der Klage schadet dem Gläubiger nicht, — s. § 325 CPO. (809).

Der Schuldner muß weiter das Schiff im Eigenbesitze haben (ZwVerstG. § 164). Hierin liegt eine Einschränkung, weil die Zwangsvollstreckung auf Grund eines Schiffspfandrechts an sich gegen jeden Besitzer zulässig sein müßte. Ist der Eigenbesitzer nur mittelbarer Besitzer, so ist der Vollstreckungstitel gegen ihn und nicht gegen den unmittelbaren Besitzer zu erwirken (810).

Bezüglich der Formalien des Antrags vgl. ZwVerstG. §§ 163 ff., 16. — Im Uebrigen regelt sich das Verfahren nach den Grundsätzen der Zwangsvollstreckung in Grundstücke und weicht nur in einigen Beziehungen ab: §§ 22, 165, 167, 124, 169 Abs. 1, 118, 169 Abs. 2 (vgl. Näheres a. a. O. 810 ff., insbes. 811 über das mit der Eintragung entstehende, von dem Richter zur Entstehung gebrachte Pfandrecht des § 169 Abs. 2 ZwVerstG.).

§ 1269. Knitschky 817 ff.: der Fall des § 1269 kann z. B. nach mehrfachen Abtretungen ohne Eintragung des Berechtigten eintreten. Ueber die Voraussetzungen s. das. Näheres.

§ 1270. 1. Knitschky 796 ff.: Urkundenvorlegung und Vermerk nach FrGG. §§ 112, 120, — s. ferner FrGG. § 117.

Für den Fall des § 1189 vgl. auch FrGG. § 112 Abs. 2.

Die ganze Maßregel ist nur mit Zustimmung des Gläubigers zulässig. Ebenso ist ihre Wiederaufhebung nur unter Einwilligung aller Betheiligten möglich. Erfolgt dagegen die Ernennung des Vertreters gleichzeitig mit der Eintragung eines Schiffspfandrechts für eine Inhaberforderung, so kann sie von dem bestellenden Eigenthümer allein vorgenommen werden. Neumann zu § 1189.

Ueber das Verhältniß zwischen dem Vertreter und den Gläubigern vgl. a. a. O. 797 ff. Ein Auftragsverhältniß liegt nicht vor, ebensowenig ein Vertrag zu Gunsten Dritter. Der Eigenthümer hat vielmehr ein gesetzliches Recht zur Bestellung eines selbständigen Vertreters mit unabhängigen Befugnissen nach beiden Seiten hin. Näheres a. a. O.

2. Ueber die Inhaber-Schiffshypothek: Ritter, Allg. Lehren 198.

§ 1272. Knitschky 823 ff.: a) Die Befriedigung des Gläubigers richtet sich nach CPO. § 858, der auf § 857 verweist. Doch ist eine Ueberweisung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt (bei Schiffsparten) nur denkbar, wenn die Auflösung der Rhederei beschlossen worden ist und der Antheil des einzelnen Mitrheders sich bereits in einen Anspruch auf einen Geldbetrag umgesetzt hat. Dann liegt eigentlich eine Zwangsvollstreckung in diese Geldforderung vor. Ueber die §§ 502, 504, 755 HGB. s. das. 824.

b) Ueber das Rangverhältniß der Pfandrechte im Falle der Versteigerung s. das. Genaueres 824 ff. Er wendet sich gegen Biermann, der das Pfandrecht am ganzen Schiffe stets dem an einzelnen Schiffsparten vorgehen läßt.

c) 825 ff. über die Frage, ob § 1258 auf Schiffsparten als Antheile eines Miteigenthümers des Schiffes anwendbar ist. Der Pfandgläubiger an einer Schiffspart hat keinerlei Anspruch auf Besitz, und von einer Erstreckung seines Rechtes auf Erzeugnisse kann keine Rede sein. Insoweit ist § 1258 ausgeschlossen. Doch eignet sich § 1258 Abs. 2 Satz 1 zu entsprechender Anwendung aus anderen Gründen (s. das. 827).

§ 1273. 1. Cosack, Lehrb. II 321 behauptet gegen Lehmann, daß bei der Verpfändung einer hypothekarisch gesicherten Forderung das Pfandrecht an der Hypothek den Vorrang vor älteren habe, welche dem Pfandgläubiger z. Z. der Verpfändung unbekannt und aus dem Grundbuch oder Hypothekenbriefe nicht erkennbar waren; denn dieser Vorrang beruhe nicht auf § 1208, sondern auf §§ 1274, 892, 1155; so jetzt auch gegen ihre 1. Aufl. Enneccerus-Lehmann II 371, § 131 Ziff. 3.

Bei Verpfändung einer Aktie erhält der Pfandgläubiger nicht das Stimmrecht, vielmehr bleibt solches dem Aktionär. Doch kann bei Inhaberaktien der Pfandgläubiger als Aktionär legitimirt sein. Lehmann, Goldschmidts Z. 51 398 f.

2. Zum Erlöschen eines Pfandrechts an einem eingetragenen Rechte ist die Löschung im Grundbuche nicht erforderlich. Leske 611.

§ 1274. 1. Ein Pfandrecht an einem Rechte entsteht nur, wenn der Verpfänder der legitimirte Inhaber des Rechtes ist; kein Erwerb von einem Nichtberechtigten auf Grund guten Glaubens. Friedrichs, Prozeßpraxis 844.

2. KGJ. **24** A 132 (KG.): die Theilpfändung einer Hypothek setzt die Zulässigkeit der Bildung eines Theilhypothekenbriefs voraus. Letzterer muß den Theilbetrag der Hypothek, auf welchen er sich bezieht, bezeichnen.

§ 1275. RG. JW. **02** Beil. 253: die Verpfändung von Forderungen, (§ 407 Abs. 1.) die auf Leistungen gehen, wirkt gegen den Schuldner nicht nur, wenn er durch eine Anzeige des Gläubigers oder Pfandgläubigers, sondern wenn er auf irgend eine Weise Kenntniß von ihr erhalten hat.

§ 1279. v. Swinarski, Die Beleihung und Verpfändung einer Lebensversicherungspolize (Rost. Diss. 1901) 16: die Verpfändung der Lebensversicherungspolize stellt sich dar als die Begründung eines Pfandrechts an den Forderungen des Versicherungsnehmers gegen die Versicherungsgesellschaft aus dem Versicherungsvertrage. Die Forderungen des Versicherungsnehmers aus dem Versicherungsvertrage können vom Standpunkte des BGB. aus den Gegenstand eines Pfandrechts bilden.

§ 1280. RG. SächsA. **12** 743: nach § 1280 entsteht das dingliche Pfandrecht erst durch die Benachrichtigung des Schuldners seitens des abtretenden Gläubigers und erst vom Zeitpunkte dieser Benachrichtigung an. Dieser Zeitpunkt ist daher auch maßgebend, wenn es sich in Anfechtungsprozessen um die Kenntniß der Zahlungseinstellung handelt. Das anzufechtende Rechtsgeschäft ist hier erst durch die Benachrichtigung des Schuldners von der Abtretung zu Stande gekommen. Wann der Verpfändungsvertrag verabredet wurde, ist gleichgültig.

OLG. **4** 337 (Dresden): das Pfandrecht entsteht erst mit der Anzeige. Eine vorherige dingliche Bindung der Vertragschließenden ist weder vom Gesetze vorgesehen, noch kann sie durch Privatautonomie der Vertragschließenden bestimmt werden.

§ 1281. Rosenberg, Iherings J. **43** 161. Das Angebot der Leistung zur Begründung des Annahmeverzugs muß an den Pfandgläubiger und den Gläubiger geschehen. Der Verzug des Einen schadet aber nicht dem Anderen. (174.)

§ 1282. 1. Schefold, Das Einzugsrecht des Forderungspfandgläubigers (jus exigendi beim pignus nominis), A.civPr. **91** 269 ff.: das Recht des Pfandgläubigers, wie es nach § 1282 (vgl. mit § 1280 BGB.) durch die Pfandbestellung, nach § 835 CPO. unter Hinzutritt der gerichtlichen Ueberweisung entsteht, ist der pfandrechtliche und durch den Zweck des Pfandrechts bestimmte und begrenzte Anspruch des Pfandgläubigers gegen den Drittschuldner, daß dieser statt an den Pfandschuldner an ihn, den Pfandgläubiger, zu zahlen habe; der Pfandgläubiger erwirbt nicht die Forderung selbst, sondern nur das Recht des Einzugs. Objekt des Einzugs ist Leistung auf die Forderung des Pfandschuldners, so daß, wenn der Pfandgläubiger mit seinem Einzugsrechte klagbar wird, die Forderung selbst in den Streit gezogen, Gegenstand des Prozesses ist. Diese Klage erhebt der Pfandgläubiger kraft seines Pfandrechts, nicht in irgend einem Stellvertretungsverhältnisse. Daraus folgt:

a) Nur der Pfandgläubiger ist berechtigt, die Forderung vom Drittschuldner einzuziehen; zahlt dieser an den Pfandschuldner, so bleibt das Einzugsrecht unberührt, und der Drittschuldner muß an diesen zum zweiten Male bezahlen.

b) Dem Pfandgläubiger stehen alle Rechtsmittel zu, die erforderlich und geeignet sind, um das Einzugsrecht zu realisiren: Klage auf Zahlung, auf Feststellung, Arrestantrag, Anmeldung im Konkurs, insbesondere auch die Klage des § 771 CPO.

c) Maßgebend für den Prozeß wie für den Konkurs ist, daß die Forderung selbst in den Streit bzw. das Verfahren gezogen ist. Deshalb müssen die prozessualen und konkursrechtlichen Entscheidungen die Forderung selbst ergreifen; res iudicata wirkt nicht nur gegen den Pfandgläubiger, sondern auch gegen den Pfandschuldner.

d) Der Schuldner ist nur zur Einziehung, nicht zu anderen Dispositionen über die Forderung berechtigt (§ 1282 Abs. 2). Dieser Grundsatz mag eine Einschränkung nach zwei Seiten hin erfahren: einerseits ist der Pfandgläubiger in der Lage, mittelbar durch Verfügungen über das Einzugsrecht Tilgung der Forderung selbst zu bewirken, andererseits fragt es sich, ob er nicht Recht und Pflicht hat, zur Erhaltung der Forderung einen Vergleich zu schließen.

e) Die gepfändete Forderung kann nur soweit eingezogen werden, als es zur Deckung der versicherten Forderung erforderlich ist; wenn die gesicherte Forderung auf andere Weise bezahlt wird, erlischt von selbst mit dem Pfandrechte das Einzugsrecht.

2. Falkmann, Inwieweit kann der Pfandgläubiger nach Fälligkeit seiner Forderung über eine ihm als Pfand haftende Forderung verfügen? Gruchots Beitr. **44** 109 ff., bekämpft die von Dernburg und Eck vertretene Auslegung, wonach dem Pfandgläubiger die Befugniß, mit einer Gegenforderung an den Schuldner aufzurechnen, entzogen sei. Diese Auslegung beruht auf einer unzulässigen Einschränkung des Begriffs der „Einziehung" einer Forderung. Das Wesen der letzteren besteht nicht darin, daß der Gläubiger den Gegenstand der Forderung in natura aus der Hand des Schuldners in Empfang nimmt und so in seine Gewalt bringt, sondern daß er denselben seinem Vermögen einverleibt. Ob dem Gläubiger das ihm geschuldete Geld ausbezahlt wird und er es dann sofort an den Schuldner wegen einer gleichen Forderung des letzteren an ihn zurückgiebt oder ob das Hin- und Hergeben durch eine Aufrechnungserklärung erspart wird, kommt wirtschaftlich und rechtlich auf das Gleiche hinaus. Deshalb ist im bisherigen Rechte die Kompensation des Pfandgläubigers als Form der Einziehung als zulässig erkannt worden. Das Gleiche muß man auch für das BGB. annehmen, wie sich aus der Entstehungsgeschichte nachweisen läßt. Von einer Aufrechnung kann nur dann die Rede sein, wenn die Forderung des Pfandgläubigers an den Verpfänder denselben Inhalt hat, wie an den Schuldner. Das Wesen der „Einziehung" einer Forderung erschöpft sich noch keineswegs in der effektiven Einziehung und Aufrechnung. Auch jede anderweitige Verfügung ist dem Pfandgläubiger gestattet mit der einen Maßgabe, daß dadurch sein gleichartiger Anspruch gegen den Verpfänder zu demjenigen (Nominal-) Betrage getilgt wird, zu welchem er über die Pfandforderung verfügt. Unter dieser Bedingung kann er die Forderung z. B. verschenken, dem Schuldner erlassen, mit dem Schuldner einen Novationsvertrag schließen u. s. w. Es wird so angesehen, als ob er den Gegenstand der Forderung erhalten und alsbald wieder zurückgegeben habe.

3. Der Schuldner kann nunmehr gegen den Drittschuldner wohl noch auf Feststellung klagen, aber nicht auf Zahlung, und zwar weder auf Zahlung ad depositum, noch an den Pfandgläubiger. Hellwig, Anspruch und Klagrecht 188 Anm. 23.

4. KGJ. **23** A 147 (KG.). Die Ueberweisung einer gepfändeten Hypothekenforderung zur Einziehung ermächtigt den Pfändungsgläubiger in Höhe seiner Forderung zur Empfangnahme des Hypothekenkapitals nebst Zinsen und zur Ausstellung der löschungsfähigen Quittung ohne Mitwirkung des Vollstreckungsschuldners.

§ 1292. Trotz des Vollindossaments hat der Pfandnehmer nur ein begrenztes Recht, nämlich ein wirkliches Pfandrecht, an Wechsel und Forderung, nicht unbeschränktes Eigenthum und Gläubigerrecht mit bloß obligatorischer Bindung gegenüber dem Verpfänder im Sinne der römischen Fiduzia. Cosack, Lehrb. des bürg. Rechtes II § 262 Ziff. IV und Schultze, Treuhänder im gelt. bürg. Rechte, auch Jherings J. **43** 53f. im Gegensatze zu Dernburg III § 281 und Biermann, Kommentar zu § 1292 N. 1.

Siber 14 (a. A. Brückner, Miethe 81): indossable Papiere unterliegen nicht dem gesetzlichen Pfandrechte, weil § 1292 sie den Sachen nicht gleichstellt.

Wolff, Jherings J. **44** 202: dem Grundsatze des § 1274 entsprechend, muß auch Fruchtverschaffung des Mitbesitzes zur gesammten Hand ausmachen.

§ 1293. 1. Nach Siber 14 (a. A. Brückner, Miethe 81) unterliegen die Inhaberpapiere auch noch dem persönlichen Pfandrechte, weil § 1293 sie in Ansehung des Pfandrechts den Sachen gleichstellt.

2. v. Swinarski a. a. O. 27: die Lebensversicherungspolize ist ein Rektapapier; ist sie jedoch mit der Inhaberklausel versehen, so ist sie ein sogenanntes hinkendes Inhaberpapier. Im letzteren Falle kommen die Vorschriften des § 1293 BGB. nicht zur Anwendung. Es genügt nicht Verpfändung der Urkunde selbst. Der Inhalt des Pfandvertrags muß vielmehr auf die zu verpfändenden Forderungen des Versicherungsnehmers aus dem Versicherungsvertrage gerichtet sein. Im ersten Falle ist gleichfalls die Pfandbestellung an den beurkundeten Forderungen selbst erforderlich, da das Pfandrecht an einem Rektapapiere nur die Urkunde selbst, nicht aber die beurkundeten Forderungen ergreift.

32 ff.: die Verpfändung regelt sich nach den Vorschriften des BGB. §§ 398, 1280 (Einigung und Anzeige). Die Uebergabe der Polize gehört nicht zu den wesentlichen Erfordernissen ihrer Verpfändung.

Ueber die Rechte des Pfandnehmers vgl. 36 ff., des Verpfänders 44 ff., Rechte des Versicherers 51 ff., 60: die Rechte des Versicherers lassen sich dahin zusammenfassen: der Pfandvertrag darf nicht zum Nachtheile des Versicherers abgeschlossen werden. Der Verpfänder hat dem Versicherer den Inhalt und das Erlöschen des Pfandvertrags mitzutheilen. Der Pfandnehmer kann nur gegen Vorlegung der Polize Ansprüche gegen den Versicherer geltend machen, soweit ihm Einwendungen aus dem Versicherungsvertrage nicht entgegenstehen.

61 ff.: Erlöschen des Pfandvertrags. Durch bloße Rückgabe der Polize erlischt das Pfandrecht nicht, da Uebergabe der Polize nicht zur Begründung gehört (s. oben). Die Vermuthung des § 1253 trifft nicht zu. Die Beweispflicht für das rechtsgeschäftliche Aufheben des Pfandvertrags in Folge Rückgabe der Polize trifft den Verpfänder trotz des Besitzes der Polize.

3. Wolff, Jherings J. **44** 202 nimmt gegen Biermann und die Motive an, daß auch hier — wie zu § 1274 oben — Einräumung des Gesammthandbesitzes genügt. Wenn auch nach § 1294 dem Pfandgläubiger ein Recht auf den Alleinbesitz zustehe, so sei damit nicht ausgeschlossen, daß zur Entstehung des Pfandrechts die Einräumung des Gesammthandbesitzes ausmache.

§ 1296. Die Nebenpapiere werden erst mit der Herausgabe, nicht schon mit der Fälligkeit pfandfrei. Ritter, Allg. Lehren 149.